سلسلة التحقيقات العلمية (٤٠) إصداراتنا الرقمية (١٠٢)

الاختيار لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث

عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي

ولد سنة (٥٩٩) هـ وتوفي سنة (٦٨٣) هـ

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان - الأردن

الجزء الثالث

البيوع والشفعة والإجارة والرهن والقسمة
وأدب القاضي والحجر والمأذون والإكراه



مركز أنوار العلماء للدراسات

تحفة الأخيار على...

... الاختيار لتعليل المختار



الطبعة الرقمية الأولى

١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ م

إصدار

مركز أنوار العلماء للدراسات

التابع

لرابطة علماء الحنفية العالمية

World League of Hanafi Scholars

جوال 00962781408764

البريد الإلكتروني anwar_center1995@yahoo.com

الاختيار لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي الحنفيُّ

(ولد سنة ٥٩٩ ـ وتُوفي سنة ٦٨٣هـ)

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان، الأردن

الجزء الثالث

البيوع والشفعة والإجارة والرهن والقسمة

وأدب القاضي والحجر والمأذون والإكراه

مركز أنوار العلماء للدراسات


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيعُ في اللُّغة[1]: مُطْلَقُ المبُادلة، وكذلك الشِّراء، سَواء كانت في مال أو غيره، قال الله تبارك وتعالى: {إِنَّ اللهَّ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم}[التوبة: ١١١]، وقال تعالى: {أُولَـئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُاْ الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَىٰ وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ} [البقرة: ١٧٥].

وفي الشَّرع[2]: مُبادلةُ المال[3] المُتقوَّم بالمال المُتقوَّم تمليكاً وتملُّكاً، فإن وُجِد تمليك المال بالمنافع، فهو إجارةٌ أو نكاحٌ، وإن وُجِد مجَاناً، فهو هبةٌ.

---

(١) لغةً: من الأضداد، يُقال: باع الشَّيء إذا شراه أو اشتراه، ومنه الحديث: «لا يبع بعضكم على بيع أخيه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، والمسند المستخرج ٤: ٧٩، ومسند أحمد ٢: ٢١: أي لا يشتري على شراء أخيه...، كما في معجم مقاييس اللغة ١: ٣٢٧، والقاموس ٣: ٨.

(٢) اصطلاحاً: مبادلةُ مالٍ بمال، كما في الوقاية ص٤٩٩، وملتقى الأبحر ٢: ٣، ولم يقل بالتَّراضي؛ ليتناول بيع المكرَه، فإنَّه منعقدٌ وإن لم يلزم، فيجوز للمكرَه أن يفسخه، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣.

(٣) المال لغةً: من تموّل مالاً اتخذه قُنية، فهو ما ملكته من جميع الأشياء من دراهم أو دنانير أو ذهب أو فضة أو حنطة أو شعير أو خبز أو حيوان أو ثياب أو سلاح أو غير ذلك، كما في لسان العرب ٦: ٤٣٠٠، و المغرب ص٤٤٨-٤٤٩.

وهو عقدٌ مشروعٌ ثبتت شرعيّتُه بالكتاب والسُّنّة والمَعقول.

أمّا الكتاب؛ فقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ} [البقرة: ٢٧٥]، وقال: {إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ} [النساء: ٢٩].

وأمّا السُّنّة؛ فلأنّه ﷺ بُعِث والنَّاس يَتَبايعون فأَقرَّهم عليه(١)، وقد باع ﷺ واشترى مباشرةً وتوكيلاً، وعلى شرعيتِه الإجماع.

والمَعقول: وهو أنّ الحاجةَ ماسّةٌ إلى شرعيَّته، فإنّ النَّاس محتاجون إلى الأعواض والسِّلع والطَّعام والشَّراب الذي في أيدي بعضِهم ولا طَريق لهم

والمال اصطلاحاً: المبذول المنتفع به؛ لأنَّه ما يميل إليه الطبع، ويُمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً أو غير منقول، والماليةُ إنَّما ثبتت بتموّل النّاس كافّة أو بعضهم، وذلك بالصِّيانة والادخار لوقت الحاجة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٧٧، ودرر الحكام ٢: ١٧٠.

وأما المال المتقوم اصطلاحاً: المبذول المنتفع به شرعاً.

وحاصلُه: أنَّ المالَ أعمّ من المتقوّم؛ لأنَّ المال ما يُمكن ادخاره ولو غير مباح: كالخمر، والمال المتقوّم ما يُمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمرُ مالٌ لا متقوّم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، كما في المبسوط ٩: ١٥٣، ورد المحتار ٤: ٥٠١.

(١) فعن أبي بردة رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ أي الكسب أطيب أو أفضل؟ قال: «عمل الرَّجل بيده، وكلُّ بيع مبرور» في المستدرك ٢: ١٢، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٦٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥٥٤، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ٦٠: رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير والأوسط، وفيه المسعودي وهو ثقة، ولكنَّه اختلط وبقية رجال أحمد رجال الصحيح.

إلا البَيع والشِّراء، فإن ما جُبِلتْ عليه الطِّباع من الشُّحِّ والضِّنَّة وحبِّ المال يمنعُهم من إخراجه بغير عوض، فاحتاجوا إلى المعاوضة، فوجب أن يُشرعَ دفعاً لحاجته.

وركنُه(١): الإيجابُ والقَبول؛ لأنّهما يدلاّن على الرِّضا الذي تعلّق به الحكم،

وكذا ما كان في مَعناهما.

وشرطُه(٢): أَهليّةُ الُمتعاقِدين حتى لا يَنعقد من غير أهل.

---

(١) أي ركن البيع: الإيجاب والقبول الدالان على التّبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فهو التَّصرُّف الدّال على تبادل الملكين من قول أو فعل.

والإيجاب: لغةً: الإثبات، وسمي الإيجاب إيجاباً؛ لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حقّ القبول. واصطلاحاً: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين؛ لأجل إنشاء التصرف.

والقَبول: ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر.

ولا فرق بين أن يبدأ الكلام من البائع أو من المشتري، فمَن بدأ أَوَّلاً كان هو الموجب، والآخر هو القابل، كما في الدر المختار ٢: ٦-٧، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١: ١٠٤.

(٢) شروط البيع أربعةُ أنواع، وهي:

أولاً: شرائط الانعقاد، وهي ما لا ينعقد البيع بدونها: أي لا يوجد عقد أصلاً:

١. أن يكون العاقد عاقلاً مميزاً؛ فلا ينعقد بيع الصبيّ والمعتوه اللذان لا يعقلان البيع وأثره.

٢. أن يكون العاقد متعدداً؛ فلا يصلح الواحد عاقداً عن جانب البائع وجانب المشتري.

٣. موافقة القبول للإيجاب: بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لم ينعقد.
٤. كون العقد بصيغة تدل على تحقُّق البيع كلفظ الماضي لا الوعد.
٥. سماع المتعاقدين كلام بعضهما البعض، فإذا قال المشتري: اشتريتُ ولم يسمع البائع كلام المشتري لم ينعقد البيع.
٦. قيام الماليّة في المبيع والثَّمن، فلا ينعقد متى عُدمت الماليّة: كبيع الميتة والخنزير.
٧. أن يكون المبيعُ موجوداً، فلا ينعقد بيعُ المعدوم: كبيع نتاج النَّتاج ـ أي حمل الحمل ـ.
٨. أن يكون المبيعُ مملوكاً في نفسه، حتى لا يكون مباحاً، فلا ينعقد بيع الصيد.
٩. أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع، فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكاً للبائع.
١٠. أن يكون المبيعُ مالاً متقوَّماً شرعاً، فلا ينعقد بيعُ الحر، والميتة.
١١. أن يكون المبيعُ مقدور التَّسليم في الحال أو في تالي الحال، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكاً له، فلو أنَّ رجلاً باع دابّته الفارّة فعادت إليه بعد البيع وسلَّمها إلى المشتري فلا ينقلب البيع صحيحاً، بل يحتاج إلى تجديدِ الإيجابِ والقَبول إلاّ إذا تراضيا، فيكون بيعاً مبتدأً بالتَّعاطي.
١٢. اتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.
ثانياً: شرائط النفاذ، وهي ما لا يثبت الحكم ـ وهو انتقال الملك ـ بدونها، وإن كان البيعُ منعقداً بدونها، وهما:
١. الملك أو الولاية، والولاية تكون إما بإنابة المالك: كالوكالة، أو بإنابة الشّارع: كولاية الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه، فلا ينفذ بيع الفضولي؛ لانعدام الملك والولاية، لكنَّه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك.
٢. أن لا يكون في المبيع حقٌّ لغير البائع، فإن كان لا ينفذ: كالمرهون والمستأجر.

ثالثاً: شرائط الصَّحّة، وهي ما لا صحَّة للبيع بدونها، فيكون فاسداً، وإن كان البيعُ منعقداً ونافذاً بدونها:

١. كلُّ شروط الانعقاد والنَّفاذ؛ لأنَّ ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لم يصحّ ضرورة؛ إذ الصِّحّة أمر زائد على الانعقاد والنّفاذ، وما لا يصحّ ينعقد؛ لأنَّ الفاسدَ منعقدٌ نافذٌ إذا اتصل به القبض وإن لم يكن صَحيحاً.

٢. أن لا يكون البيعُ مؤقتاً، فإن أقّته لم يصحّ.

٣. أن يكون المبيعُ والثَّمن معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان أحدُهما مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعةِ فسد البيع؛ لأنَّ الجهالةَ إذا كانت مفضيةً إلى المنازعةِ كانت مانعةً من التَّسليم والتَّسلُّم.

٤. أن يكون المبيعُ مقدورَ التَّسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه، فالبيع فاسدٌ؛ لأنَّ الضرر لا يستحقُّ بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه، فلو باع ذراعاً من ثوب حرير منقوش فإنَّه لا يجوز؛ لأنَّه لا يمكنه تسليمه إلا بالقطع، وفيه ضرر بالبائع.

٥. أن يكون البيع بالرضا، فبيع المكره وشراؤه فاسد.

٦. أن يخلو البيع عن الشَّرط الفاسد، وهو أنواع:

أ. شرط في وجوده غرر: فيوجب الفساد، فلو اشترى بقرة على أنَّها تحلب كذا كذا رطلاً.

ب. شرط محظور، فلو اشترى كبشاً على أنَّها نطوح على سبيل الرغبة في هذا.

ج. اشتراط الأجل في المبيع العين والثمن العين.

د. شرط خيار شرط زائد عن ثلاثة أيام، أو خيار مؤقّت بوقت مجهول جهالة فاحشة: كهبوب الريح ، أو جهالة متقاربة: كالحصاد.

ومحلُّه: المال[1]؛ لأنّه يُنبئُ عنه شَرعاً.

هـ.شرط لا يقتضيه العقد: والشروط التي هي من مقتضيات العقد: هي التي يوجبها العقد ولو لم تذكر في أثنائه: كحبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن.

و.شرطٌ غير ملائم للعقد: والشروط الملائمة للعقد: هي الشُّروط المؤيّدة المؤكّدة لمقتضى العقد، فلو باع بشرط أن يرهن المشتري عنده شيئاً معلوماً، صحّ البيع.

س.شرطٌ فيه منفعة للبائع أو للمشتري، فإن لم يكن فيه منفعة لأحدهم، يصحّ البيع، ويلغو الشرط؛ مثاله: لو باعه حيوان على أن لا يبيعه المشتري لآخر.

ح.شرطٌ ليس متعارفاً ولم يجر التعامل به بين الناس.

٧.أن يكون الأجلُ معلوماً في البيع الذي فيه أجلٌ، فإن كان مجهولاً يَفسد البيع.

٨.القبض فيما لا يجوز بيعه قبل القبض، فلو تصرف في رأس مال السلم قبل القبض لا يجوز؛ لعموم النهي؛ ولأنَّ قبضه في المجلس شرط، وبالبيع يفوت القبض.

٩.الخلو من شبهة الربا؛ لأنَّ الشبهةَ ملحقةٌ بالحقيقة في باب الحرمات احتياطاً.

رابعاً: شرط اللزوم: وهي ما لا يلزم البيع بدونها فيمكن فسخه، وإن كان البيعُ منعقداً ونافذا وصحيحاً بدونها، وهي خلوه عن الخيارات الأربعة المشهورة وغيرها، كما في الفتاوى الهندية ٣: ٢-٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٦٩، ورد المحتار ٢: ٥-٦، ومجلة الأحكام ١: ٧٨-٧٩، وشرحها درر الحكام ١: ١٥٩-١٦٠، ومرآة المجلة ١: ٧٨-٧٩.

(١) وكذلك وهو المال المتقوم، فيخرج ما كان مالاً غير متقوماً: كالخمر، وما شابهه؛ إذ أنَّ بيعه باطل في حق المسلم. ويخرج ما ليس مالاً أصلاً: كالميتة والدم، كما في حاشية التبيين ٤: ٤٠٣، ورد المحتار ٢: ٦.

وحكمُه[1]: ثبوتُ الملك للمشتري في المبيع، والبائع في الثَّمن إذا كان باتّاً، وعند الإجازة إذا كان مَوقوفاً.

قال: (**البيعُ ينعقدُ بالإيجابِ والقبولِ بلفظي الماضي كقوله: بعتُ واشتريتُ**)؛ لأنه إنشاءٌ، والشَّرعُ قد اعتبر الإخبارَ إنشاءً في جميع العُقود، فينعقد به، ولأنّ الماضي إيجابٌ وقطعٌ، والمستقبلُ عِدَةٌ أو أمرٌ وتوكيل، فلهذا انعقد بالماضي.

قال: (**وبكلِّ لفظ يدل على معناهما**)[2]: كقوله أَعطيتك بكذا، أو خذه بكذا، أو ملكتُك بكذا، فقال: أخذت، أو قبلتُ، أو رضيتُ، أو أمضيتُ؛ لأنّه يدلُّ على معنى القَبول والرِّضى، والعِبرةُ للمَعاني.

وكذلك لو قال المشتري: اشتريتُ بكذا، فقال البائعُ: رضيتُ، أو أمضيتُ، أو أجزتُ؛ لما ذكرنا.

---

(١) يثبت للبيع حكم أصلي وتبعي:
أما الأصلي: فهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع، إذا كان البيع باتاً، وإن كان موقوفاً فثبوت الملك فيهما عند الإجازة.
وأما التبعي: فهو وجوب تسليم المبيع والثمن، وثبوت الشفعة لو كان المبيع عقاراً، وغيرها، كما في الفتاوى الهندية ٣: ٣، والدر المختار ورد المحتار ٢: ٦.

(٢) أي ينعقد الإيجابُ والقبولُ في البيع بكلِّ لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عُرف البلد والقوم، كما في مجلة الأحكام العدلية ١: ٦٤.

قال: (**وبالتَّعاطي**)[١] في الأَشياءِ الخَسيسةِ[٢] والنَّفيسة، نصَّ عليه محمّد رضي الله عنه[٣]؛ لأنّه يدلُّ على الرِّضا المقصود من الإيجاب والقَبول.

وذَكَرَ الكَرخيُّ رضي الله عنه: أنّه ينعقدُ بالتَّعاطي في الأشياء الخَسيسة فيما جَرَت به العادة، ولا يَنْعقد فيما لم تجر به العادة.

ولو قال: بعني، فقال: بعتُ، أو قال: اشتر مني، فقال: اشتريت لا ينعقد حتى يقول: اشتريتُ أو بعتُ؛ لأنّ قولَه: بعني واشترِ ليس بإيجابٍ وإنّما هو أَمر، فإذا قال: بعتُ أو اشتريتُ فقد وُجِد شطرُ العَقد، فلا بُدّ من وجودِ الآخر ليتمّ[٤].

---

(١) وهو وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من المتبايعين من غير لفظة: بعت واشتريت، وهو بيع منعقد؛ لأنَّ المقصد الأصليَّ من الإيجاب والقَبول هو تراضي الطَّرفين، وهو حاصلٌ بالمبادلة الفعليّة الدالة على التَّراضي، كما في أنفع الوسائل ص٢٣٣.

(٢) الخسيس: كحزمة بقلّة وتفاحة ورمانة، والنَّفيس: كعقد جوهر، ومنهم من حدَّ النَّفيس بنصاب السَّرقة فأكثر، والخسيس بما دونه، كما في منح الغفار ق٢: ٢/ ب.

(٣) صححه في الوقاية وغيرها.

(٤) لما أجمل المؤلف الكلام في الصيغ، فتصيله على النحو الآتي: كلُّ ما يدل على تحقق البيع لا الوعد عرفاً، فإن كان العقد يتحقق بالتعاطي بدون تلفظ، فمن باب أولى أن يتحقق بالصيغ المختلفة إن كانت دالة حصول البيع لا المساومة والعدة، وما يذكره الفقهاء أمثلة لذلك، ومنها:

١.صيغة الماضي، فإنَّ البيع ينعقد بها؛ إذ الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي: كبعت، واشتريت، ورضيت، وأعطيت، وقبلت، وغيرها؛ لأنَّ واضع اللغة لم يضع للإنشاء لفظاً خاصاً، وإنَّما عرف الإنشاء بالشرع، واختيار لفظ الماضي؛ لدلالته على تحقيق وقوع الحدث وثبوته دون المستقبل.

٢.صيغة المضارع إذا أريد بها الحال، فإنَّه ينعقد البيع، كما في عرف بعض البلاد: كأبيع، وأشتري، مثاله: لو قال البائع للمشتري: أبيعك هذا المال بمئة دينار، وأجابه المشتري: اشتريه، وكان قصد البائع والمشتري من قولهما الحال، فالبيع ينعقد. والحال في المضارع إذا اقترن بما يُعَيِّنُهُ للحال، فالبيع ينعقد به بلا نية على الأصح؛ لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازاً، مثاله: إذا قال البائع: أبيع الآن، فالبيع ينعقد.

٣.صيغة الاستقبال؛ وهي المضارع المقترن بالسين أو سوف، مثل: سأبيعك، أو سوف أبيعك، فإنَّه لا ينعقد البيع بها؛ لأنَّها وعد مجرد.

٤.صيغة الاستفهام؛ لا ينعقد البيع بها، مثاله: لو قال المشتري للبائع: هل تبيعني هذا بمئة دينار، فأجابه: بعت، فإنَّه لا ينعقد إلا إذا قال المشتري ثالثاً: قبلت؛ لأنَّ الإيجاب والقبول حصلا بكلمتي بعت وقبلت الدالتين على الإنشاء.

٥.صيغة الأمر؛ مثل: بع واشتر، فإنَّه لا ينعقد البيع بها، سواء نوى بذلك الحال أو لا؛ لأنَّ الأمرَ متمحضاً للاستقبال؛ إلا إذا دلّت صيغة الأمر بطريق الاقتضاء على الحال، فحينئذٍ ينعقد بها البيع، مثاله: لو قال البائع للمشتري: خذ هذا بكذا من الدنانير، وقال المشتري: أخذته، انعقد البيع، فإنَّ قوله: خذه ههنا بمعنى: ها أنا ذا بعت فخذ، كما رد المحتار ٢: ١٠، ومجلة الأحكام ١: ٦٥-٦٧، وشرحها درر الحكام ١: ١٣٩، ومرآة المجلة ١: ٦٥-٦٧.

وقيل: إذا نَوَىٰ الإيجاب في الحال انعقد البيع وإلا فلا، وعلىٰ هذا أَبيعك هذا العبد أو أُعطيكه، فيقول الآخر: أَشتريه أو أَقبلُه أو آخذه إن نَوَىٰ صحّ وإلاّ فلا.

قال: (**وإذا أَوجب أحدُهما البيعَ فالآخرُ إن شاء قَبِلَ وإن شاء رَدَّ**)؛ لأنّه مُخَيَّرٌ غيرَ مُجبر، فيختار أيّهما شاء، وهذا خيارُ القَبول[1]، ويمتدُّ في المجلس للحاجة إلىٰ التفكّر والتَّروي، والمجلسُ جامعٌ للمتفرِّقات.

---

(١) يشترط لصحّة القبول:
الأول: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، حتىٰ يلزم صحة العقد، وله الحالات الآتية:
١ .أن يكون قبول العاقد الآخر علىٰ الوجه المطابق للإيجاب، وليس له تبعيض الثمن أو المثمن وتفريقهما.
٢ .أن تكون موافقة القبول للإيجاب ضمناً؛ وذلك إذا كان الموجب البائع وسمىٰ الثمن فقبل المشتري المبيع بثمن أزيد من الثمن المسمىٰ.
٣ .أن يوجب أحد المتبايعين في أشياء متعدِّدة بصفقةٍ واحدةٍ، سواء عَيَّن لكلٍّ منها ثمناً علىٰ حدة أم لا، فإنَّه ليس للآخر إلا أن يقبل جميع الصَّفقة بكلّ الثَّمن.
٤ .أن يذكر أحد المتبايعين أشياء متعددة ويبيّن لكل واحد منها ثمناً معيّناً علىٰ حدته، ويكرر لفظ الإيجاب لكل واحد منها علىٰ الانفراد، فإن قبل الآخر بعضها بالثمن المسمّىٰ له، فإنَّه ينعقد البيع فيما قبله فقط.
الثاني: أن يكون الموجب علىٰ قيد الحياة حين قَبول الآخر، فإذا توفِّي الموجب بعد الإيجاب وَقَبْلَ القبول، فإيجابه يصبح باطلاً، ولا يصح قبول المخاطب بعد ذلك.
الثالث: أن لا يَبطل الإيجاب قبل قبول الآخر، وله حالات، وهي:

ويبطل بما يبطل به خيار المخيّرة[1]؛ لأنّه يدلُّ على الإعراض.

وللموجب الرُّجوع؛ لعدم إبطال حقِّ الغير.

---

١. إعراض أحدهما في مجلس البيع ـ وهو الاجتماع الواقع لعقد البيع ـ؛ فمعلوم أنَّ المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، حتى لو أوجب أحد المتبايعين البيع، فإنَّه يستمر الإيجاب وإن طالت المدّة ما لم يعرض أحد العاقدين بقول أو فعل، فإن أعرض أحدُهما بطل الإيجاب.

٢. ردّ الإيجاب قبل القَبول؛ بأن يرجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وَقَبْلَ القبول، فإنَّه يبطل الإيجاب.

٣. الإيجابُ بعد إيجابه الأوّل، فإنَّ تكرارَ الإيجاب قبل القَبول يُبطلُ الإيجابَ الأوّل، ويُعتبر فيه الإيجاب الثاني.

٤. تغيّر المبيع قبل القبول، مثاله: لو قال البائع للمشتري: بعتك هذا الورق، فَقَبِلَ المشتري البيع بعد أن تحوّل الورق كتاباً مطبوعاً، فالبيع لا ينعقد.

الرّابع: سماع البائع والمشتري إيجابهما وقبولهما.

الخامس: أن يصدر القبول من شخص غير الشَّخص الذي صدر منه الإيجاب، فإنَّه لا يصحّ قيام شخص بمفرده مقام العاقدين، كما في الدر المختار ورد المحتار ٢: ١٩-٢٠، ومجلة الأحكام ١: ٧١-٧٤، وشرحها درر الحكام ١: ١٤٩-١٥١، ومرآة المجلة ١: ٧١-٧٤.

(١) وهي المرأةُ التي خيَّرها زوجُها لأن تطلق نفسها، وقال لها: اختاري نفسك أو نحو ذلك، وحكمها: أنَّها على تخييرها ما لم يتبدَّل المجلس، ولم يوجد ما يدلُّ على إعراضها، فلو خيَّرها زوجُها وهي قاعدةٌ فقامت يبطلُ خيارها؛ لأن القيامَ دليلُ الإعراض، كما في عمد الرعاية.

وليس للمشتري القَبول في البعض؛ لأنّه تفريقُ الصَّفقة، وأنّه ضررٌ بالبائع، فإنّ من عادةِ التُّجار ضمُّ الرَّديء إلى الجيد في البيع؛ لترويجِ الرَّديء، فلو صَحّ التَّفريقُ يَزول الجيد عن ملكِه، فيبقى الرَّديءُ، فيتضرَّر بذلك.

وكذلك المشتري يرغب في الجميع، فإذا فَرَّقَ البائعُ الصَّفقة عليه يتضرَّر.

(وأيّهما قامَ قَبْلَ القَبول بَطَلَ الإيجابُ)؛ لأنّه يدلُّ على الإعراضِ وعدمِ الرِّضا، وله ذلك.

وشطرُ العقد لا يتوقَّف على قَبولِ الغائب كمَن قال: بعتُ من فلانٍ الغائب، فبلغه فقبل لا ينعقد، إلا إذا كان بكتابةٍ أو رسالةٍ، فيعتبر مجلسُ بلوغ الكتاب وأداء الرِّسالة(١)، وعلى هذا الإجارة والهبة والكتابة والنِّكاح.

---

(١) أين ينعقد الإيجاب والقَبول بالكتابة من الطرفين أو من طرف واحد أو بالرسالة بشرط أن تكون الكتابة في الرَّسالة مرسومة ومستبينة.

والمرسومة: هي التي تكون مصدَّرةً ومعنونة.

والمستبينة: وهي ما يكتب على الصَّحيفةِ والحائطِ والرَّمل على وجهٍ يُمكن فهمُه وقراءتُه لا ما يُكتب على الهواءِ أو الماء أو شيءٍ لا يُمكن فهمُه وقراءته.

ويكون مجلس القَبول هو مجلسُ وصول الرِّسالة؛ لأنه اتّحادٌ للمجلس حكماً، لكن لا يشترط القبول في مجلس وصول الرسالة، حتى لو بلغته الرسالة ولم يقبل في ذلك المجلس، وإنَّما قبل في مجلس آخر جاز.

وإن كان المرسَلُ رسولاً بدل الرَّسالة فيشترط القبول في مجلس وصوله؛ لأنَّ الكلامَ إن

ولو تَبايعا وهما يَمشيان أو يسيران إن لم يَفْصِلا بين كلاميهما بسَكْتةٍ انعقد البيع، وإن فَصَلا لم ينعقد، وقال بعضُهم: ينعقد ما لم يتفرّقا بالأبدان، والأوَّل أصحّ[١].

قال: (**فإذا وُجِد الإيجابُ والقَبول لزمهما البَيع بلا خيار مجلس**)؛ لأنّ العقدَ تمّ بالإيجاب والقَبول؛ لوجودِ ركنِه وشرائطِه، فخيار أحدهما الفسخ إضراراً بالآخر؛ لما فيه من إبطالِ حقِّه، والنَّصُّ يَنفيه.

وما رُوِي من الحديث[٢] محمولٌ على خيار القَبول، هكذا قاله النَّخعيّ؛ لأنّ قوله: المتبايعان يقتضي حالة المباشرة، وقوله: ما لم يتفرّقا: أي بالأقوال؛ لأنّه يحتملُه، فيُحْمَل عليه توفيقاً.

وجد يتلاشى فلا يتصل الإيجاب بالقبول إن لم يكن القبول في مجلس الوصول، وأمّا في الرسالة فيبقى الكلامُ قائماً في مجلس آخر، وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر، فاتّصل الإيجاب بالقَبول فصحَّ الانعقاد، وهذا هو الفرق بين الرسالة والرسول، كما في البحر ٣: ٨٨، والدر المختار ورد المحتار ٢: ٩.

(١) في ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح، واختار غيرُ واحد كالطَّحاوي أنّه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز، وصحَّحه في «المحيط»، و في «الخلاصة»: لو قبل بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز، وفي مجمع التفاريق وبه نأخذ، كما في رد المحتار ٤: ٥٢٧.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» في صحيح البخاري ٣: ٦٤، واللفظ له، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٣.

قال: **(ولا بُدَّ من معرفةِ المَبيع مَعْرفةً نافيةً للجَهالة)** قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً، فيكتفي بالإشارة؛ لأَنّها موجبةٌ للتَّعريف، قاطعةٌ للمنازعة.

وإن كان غائباً، فإن كان ممّا يُعرَفُ بالأُنموذج: كالكيليِّ والوَزْنيِّ والعدديِّ المتقارب، فرؤيةُ الأُنموذج كرُؤية الجَميع، إلا أن يختلف، فيكون له خيارُ العيب، فإن كان ممّا لا يُعرف بالأُنموذجِ كالثِّياب والحَيوانِ، فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمُنازعة، ويكون له خيار الرُّؤية.

قال: **(ولا بُدّ من معرفة مقدار الثَّمن وصفتِه إذا كان في الذِّمة)** قطعاً للمنازعة، إلا إذا لم يكن في البلد نقودٌ؛ لتعيُّنه.

(ومَن أطلق الثَّمن[1]، فهو على غالبِ نقدِ البَلد) للتَّعارف.

---

(١) أي إن كان بثمن مطلق فله أربعُ حالات:
١. إن اختلفت النُّقود في الرَّواج والماليّة، فإنَّه يقع على النّقد الغالب في البلد، بأن قال: عشرة دراهم مثلاً، فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده; لأنَّ المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص.
٢. إن استوت في الماليّة والرّواجِ معاً، فإنَّ المشتري بالخيارِ في دفعِ أيهما شاء، فلو طلبَ البائعُ أحدَهما، فللمشتري أن يدفعَ غيره؛ لأنَّ امتناعَ البائع عن قَبولِ ما دفعَه المشتري تعنّت؛ لأنَّ الاختلافَ في الاسم، ولا فضلَ لواحدٍ على الآخر.
٣. إن استوت في الماليّة واختلفت في الرواج، فإنَّه يصرف إلى الأروج.
٤. إن استوت في الرَّواج واختلفت في المالية، فإنَّ البيع يفسد إلاّ أن يبيّنَ أحد النُّقود؛ لأنَّ الجهالة مفضيةٌ إلى المنازعة، إلاَّ أن ترفعَ الجهالة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٠٤، وشرح الوقاية ص٥٠٠، وغيرهما.

ولو قال: اشتريتُ هذه الدَّار بعشرةٍ، أو هذا الثَّوب بعشرةٍ، أو هذا البطيخ بعشرةٍ، وهو في بلدٍ يتعامل النَّاس بالدَّنانير والدَّراهم والفُلوس، انصرف في الدّار إلى الدَّنانير، وفي الثَّوب إلى الدراهم، وفي البَطيخ إلى الفُلوس بدلالةِ العُرف، وإن لم يَتَعاملوا بها ينصرف إلى المعتاد عندهم.

قال: (**ويجوز بيعُ الكَيليّ والوَزْنيّ كَيلاً ووزناً ومُجازفةً**)، ومرادُه عند اختلاف الجِنْس؛ لقوله ﷺ: «فإذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم»[1]؛ ولأنّه لا ربا إلا عند المقابلة بالجنس؛ لأنّه لا تتحقّق الزِّيادة إلا فيه.

قال: (**ومَن باع صُبْرَةَ**[2] **طَعام كلُّ قَفيزٍ**[3] **بدرهمٍ جاز في قَفيزٍ واحدٍ**) عند أبي حنيفة ﷺ، إلا أن يعرف جملةَ قُفْزانها: إمّا بالتَّسمية أو بالكيل في المجلس.

وقالا: يجوز في الكلّ؛ لأنّ زَوالَ الجَهالة بيدهما[4]، ولا تُفضي إلى المنازعة.

---

(١) فعن عبادة بن الصامت ﷺ، قال ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

(٢) الصُبرة: هي كوم طعام بلا كيل أو وزن، كما في فتح باب العناية ٢: ٣٠٤.

(٣) القفيزُ: وهو ثمانيةُ مكاكيل، كما في المصباح المنير ص٥١١.

(٤) أي لأنَّ هذه الجهالةَ ترتفع بفعل أحد المتعاقدين بالكيل، كما في الخلاصة.

وله: أنّه تعذّر الصَّرفُ إلى الجميع؛ للجهالة في المبيع والثمن، فيصرفُ إلى الأقلّ، وهو الواحد؛ لأنّه معلومٌ.

فإذا زالت الجَهالة جاز في الجميع لزوال المانع، وإذا جاز البَيع في الواحد يثبتُ للمشتري الخيار لتفرُّق الصَّفقة.

قال: (**ومَن باع قَطيع غنم كلّ شاةٍ بدرهم لم يجز في شيءٍ منها، والثِّيابُ** والمعدودُ المتفاوت (**كالغَنم**).

وعندهما: يجوز في الكلِّ؛ لما مَرّ.

وله: أنّ قضيةَ ما ذكرنا الجواز في واحدٍ، غير أنّ الواحدَ في هذه الأشياء يتفاوت، فيؤدّي إلى المنازعة، فصار كالمَجهول، فلا يجوز.

قال: (**فإن سَمّى جملةَ القفزان والذُّرعان والغَنَم جاز في الجميع**)؛ لانتفاء الجهالةِ وزوال المانع.

قال: (**ومَن باعَ داراً دَخَلَ مَفاتيحُها وبناؤها في البَيع**)؛ لأنّ المفاتيحَ تبعٌ للأبواب، والأبوابُ متصلةٌ بالبناءِ للبقاء، والبناءُ متصلٌ بالعَرْصة اتصال قَرار، فصارت كالجزء منها، فتدخل في البَيع، ولأنّ الدَّارَ اسم للعَرْصة والبِناء، فيدخل في بيع الدَّار[1].

---

(١) والأصل في جنس هذا: أن كلَّ ما كان اسم المبيع متناولاً له عرفاً، أو كان متصلاً به اتصال قرار ـ وهو ما وضع لا ليفصل ـ دخل من غير ذكر، كما في اللباب ص٢٣٤.

(**وكذلك الشَّجرُ في بيع الأرض**)؛ لأنّ اتصالَه كاتصالِ البناء، بخلاف الزَّرع والثَّمرة؛ لأنّ اتصالَهما ليس للقَرار، فصار كالمتاع، ويُقال للبائع: اقطع الثمرة واقلع الزَّرع وسَلِّم المَبيع؛ لأنّه يجب عليه تسليمُ المبيع إلى المشتري عملاً بمقتضى البَيع، ولا يُمكن ذلك إلا بالتَّفريغ، فيَجب عليه ذلك، ولو شرطهما دخلا في البَيع عملاً بالشَّرط، قال ﷺ: «مَن اشترى نخلاً أو شجراً فيه ثمرٌ، فثمرتُه للبائع إلا أن يَشْتَرط المُبتاعُ»[1].

ولو اشترى داراً وذَكَرَ حدودَها دَخَلَ السُّفل والعُلو والاصطبل والكَنيف والأشجار؛ لأنّ الدَّارَ اسمٌ لما أُدير عليه الحدود، وأنّه يدورُ على جميع ما ذكرنا.

والبُستان إذا كان خارج الدَّار إن كان أَصغر منها دَخَل؛ لأنّه من توابع الدَّار عُرفاً، وإن كان مثلها أو أكبر لا يَدخل إلا بالشَّرط لخروجه عن الحدود.

وتدخل الظُّلة عندهما إذا كان مفتحها إليها؛ لأنّها تُعَدُّ من الدَّار عُرفاً.

وعند أبي حنيفة ﵁: لا تَدخل؛ لأنّ أحدَ طَرفيها على حائط الدَّار فيتبعها، والطَّرفُ الآخر على دار أُخرى أو على أُسطوانة فلا تتبعها، فلا تَدْخُل بالشَّكّ حتى تذكر الحقوق.

---

(١) فعن بن عمر ﵄، قال ﷺ: «مَن باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» في صحيح البخاري ٢: ٨٣٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٧٢.

والظُّلة: هي التي على ظهر الطريق، وهو الساباط.

ويدخل الطَّريق إلى السكّة؛ لأنه لا بُدّ منه.

ولو اشترى منزلاً فوقَه منزلٌ لا يدخل إلا أن تذكرَ الحقوق أو كلّ قليل وكثير؛ لأنّ المنزلَ اسم لما يشتمل عليه مَرافق السُّكنى؛ لأنّه من النُّزول، وهو السُّكنى، والعُلو مثل السُّفل في السُّكنى من وجهٍ دون وجهٍ، فيكون تَبَعاً من وجهٍ، أصلاً من وجهٍ، فإن ذَكَرَ الحقوقَ دَخَلَ وإلاّ فلا.

ولو اشترى بَيْتاً لا يدخل العُلو، وإن ذَكَرَ الحقوقَ حتى ينصَّ عليه؛ لأنّ البيتَ ما يُبات فيه، وعلوُّه مثلُه في البَيتوتة فلا يدخل فيه إلا بالشَّرط.

قال: (**ويجوز بيع الثَّمرة قبل صَلاحِها**)، والمُرادُ إذا كانت يُنتفعُ بها للأكل أو العَلَف؛ لأنّه مالٌ متقوَّمٌ منتفعٌ به.

وأمّا إذا لم يكن مُنتفعاً بها لا يجوز؛ لأنّه ليس بمال متقوَّم.

(**ويجب قطعُها للحال**)؛ ليتفرّغ ملك البائع، (**وإن شرطَ تركها على الشَّجرِ فَسَدَ البيع**)؛ لأنّه إعارةٌ أو إجارةٌ في البَيْع، فيكون صفقتين في صفقةٍ، وأنّه منهيٌّ عنه.

وكذا الزَّرع في الأرض.

وإن تركها بأَمْره بغيرِ شَرْطٍ جاز وطاب الفَضْل، وإن كان بغير أَمْره تَصَدَّقَ بالفَضْل لحصوله بأَمر محظور.

وإن استأجر الشَّجرَ طابَ له الفَضْل؛ لوجود الإذن، وبَطَلَت الإجارة؛ لأنَّه غيرُ معتادٍ.

وكذا إذا اشتراها بعدما تَناهى عِظمُها يجب القَطع للحال لما قُلنا، فإن تركَها طابَ الفَضْل ولم يَتَصَدَّق بشيءٍ بكلِّ حال؛ لأنَّه لا زيادة، وإنّما هو تغيُّرُ وصفٍ، فإن شَرَطَ بقاءها على الشَّجر جاز عند محمّدٍ ﵁ استحساناً للعُرف.

بخلاف ما إذا لم تَتَناه في العِظَم؛ لأنَّه يَزْداد بعد ذلك، فقد اشترطَ الجُزْءَ المعدومَ فلا يجوز.

فإنّ خَرج بعضُ الثَّمرة أو خَرَجَ الكلُّ لكن بعضُه منتفعٌ به لا يجوز البيعُ للجَمع بين الموجودِ والمعدوم، والمتقوَّم وغيرِ المتقوَّم، فتبقى حصّة الموجود مجهولة، وكان شمسُ الأئمةَ الحَلْوانيُّ[1] والإمامُ أبو بكر محمّدُ بنُ الفَضل البُخاريُّ يُفتيان بجوازِه في الثِّمارِ والباذنجان ونحوهما، جعلاً المعدوم تبعاً للموجود للتعامل دفعاً للحرج بالخروج عن العادة.

وعن محمّد ﵁: الجواز في بيع الوَرْد؛ لأنّه مُتَلاحقٌ.

قال شمسُ الأئمة السَّرَخْسيُّ ﵁: والأوّل أصحُّ؛ إذ لا ضرورةَ في ذلك؛ لأنّه يُمكنه أن يشتري أصولها أو يشتري الموجودَ بجميعِ الثمن ويُحلُّ له البائعُ ما يحدث.

---

(١) وهو عبد العزيز بن أحمد بن نصر الحَلْوَانِيّ، قال ابن ماكولا: إمام أهل الرأي في وقته ببخارى، من مؤلفاته: «المبسوط»، و«النوادر»، و«الفتاوي»، (ت٤٥٦هـ). ينظر: مقدمة الهداية٢: ١٣، ومقدمة السعاية١: ٣٢.

ولو اشتراها مُطلقاً[١] وأثمر ثمراً آخر قبل القَبض فَسَدَ البَيع؛ لتعذُّر التَّمييز قبل التَّسليم، وإن أثمرت بعد القَبْض يَشتركان، والقولُ للمُشتري في قَدْره؛ لأنّه في يدِه، وهو مُنكرٌ.

قال: **(ولا يجوز أن يبيعَ ثمرةً ويَستثني منها أرطالاً معلومة)**؛ لجهالة الباقي، وقيل: يجوز لجواز بيعِه ابتداءً، والأصلُ أن ما جاز بيعُه ابتداءً يجوز استثناؤه[٢]: كبيعِ صُبرةٍ إلا قفيزاً، وقفيز من صُبْرة، بخلاف الحَمْل وأطراف الحيوان، حيث لا يجوز استثناؤه؛ لأنّه لا يجوز بيعُه ابتداءً.

---

(١) صورتها: لو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على النخيل وتركها، وأثمرت مدة الترك ثمرة أُخرى، فإن كان قبل القبض: يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع؛ لأنّه لا يمكن تسليم المبيع لتعذُّر التَّمييز، وإن كان بعد القبض لم يفسد البيع؛ لأنّ التَّسليم قد وُجد، وحدث ملك للبائع، واختلط بملك المشتري، فيشتركان فيه للاختلاط، والقولُ في مقدار الزَّائد قول المشتري؛ لأنّ المبيعَ في يده، فكان الظاهرُ شاهداً له، هذا ظاهر المذهب، وكان الحلواني يفتي بجوازه، ويزعم أنّه مروي عن أصحابنا، وحكي عن الفضلي أنّه كان يفتي بجوازه، ويقول: اجعل الموجود أصلاً، وما يحدث بعد ذلك تبعاً، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر، كما في العناية٦: ٢٩١.

(٢) ما ذكره المصنف، مشى عليه في القدوري الوقاية ٤: ٩ وشرحها لصدر الشريعة، لكن صاحب الهداية٣: ٢٦ قال: قالوا هذا روايةُ الحسن رضي الله عنه، وهو قول الطحاوي رضي الله عنه، وأمّا على ظاهر الرِّواية ينبغي أن يجوز، واختار ظاهر الرواية صاحب الكنزص٩٧، والتنويرص١٢٦، والملتقى ص١٠٩.

قال: (**ويجوز بَيْعُ الحِنطة في سُنْبلِها والباقِلاءِ في قِشْرِه**)، وكذا السِّمْسِم والأَرُز والجَوز واللَّوز؛ لما روي أنه ﷺ «نهى عن بيع السُّنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»(١)، ولأنه مالٌ منتفع به، فيجوز بيعُه، وعلى البائع تخليصُه بالدِّياس والتَّذرية.

وكذا قطنٌ في فراش، وعلى البائع فَتْقُه؛ لأنّ عليه تسليمه.

أمّا جذاذُ الثَّمرةِ وقطع الرَّطبة وقَلْع الجَزَر والبَصل وأَمثالُه على المشتري؛ لأنّه يعمل في ملكِه وللعُرف.

قال: (**ويجوز بيعُ الطَّريق وهبتُه، ولا يجوز ذلك في المَسِيل**)؛ لأنّ الطَّريقَ موضعٌ من الأرضِ معلومُ الطُّولِ والعَرْضِ فيجوز.

والمَسيل: موضعُ جَريان الماء، وهو مجهول؛ لأنّه يَقِلُّ ويَكْثُرُ.

قال: (**ومَن اشترى سِلْعةً بثمنٍ سَلَّمه أوّلاً**) تحقيقاً للمساواةِ بين المتعاقدين؛ لأنّ المبيعَ يتعيَّن بالتَّعيين، والثَّمنُ لا يَتَعيَّن إلاّ بالقَبض، فلهذا

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النَّخل حتى يزهو، وعن السُّنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» في صحيح مسلم٣: ١١٦٥.
وعن أنس رضي الله عنه: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد» في سنن أبي داود ٣: ٢٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٢، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة»، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧، ومسند أحمد ٢١: ٣٧، والمستدرك ٢: ٢٣، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه».

اشترط تسليمُه، (**إلا أن يكون مؤجلاً**)؛ لأنه أسقطَ حَقَّه بالتَّأجيل ولا يسقط حقَّ الآخر.

(**وإن باع سلعةً بسلعةٍ أو ثمناً بثمن سَلَّمَا معاً**) تسويةً بينهما.

قال: (**ولا يجوز بيعُ المنقولِ قبل القَبض**)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بيعِ ما لم يُقْبَضْ»[1]، ولأنّه عَساه يَهْلَك، فيَنْفَسخ البيع، فيكون غَرراً.

وكذا كلُّ ما يَنْفَسِخُ العقدُ بهلاكِه[2]: كبدل الصُّلح والإجارة؛ لما ذكرنا.

وما لا يَنْفَسِخُ العَقْد بهلاكِهِ يجوز التَّصرُّف فيه قبل القَبْض: كالمهر وبَدَل الخُلْع والصُّلح عن دَمِ العَمد؛ لأنّه لا غَرَرَ فيه.

---

(١) فعن حزام بن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «قلت: يا رسول الله، إنّي رجل أشتري المتاع فما الذي يَحِلّ لي منها وما يَحْرُم عليَّ؟ فقال: يا ابن أخي، إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» في صحيح ابن حبان١١: ٣٥٨،٣٦١، وسنن النسائي الكبرى٤: ٣٧، والمجتبى٧: ٢٨٦، والمنتقى١: ١٥٤، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٨٧، ومصنف عبد الرزّاق٨: ٤٣.

(٢) أي كلُّ عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه: كالمبيع والأجرة إذا كانت عيناً، وبدل الصلح إذا كان معيّناً، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه، فالتصرف فيه جائز قبل القبض: كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، كما في البناية٨: ٢٤، وعلل الكرخي في مختصره بقوله؛ لأن هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته، كما في الشلبي٤: ٨٠.

قال: **(ويجوز بيع العَقار قبل القَبْض)**، وقال مُحمّد ﵁: لا يجوز لإطلاق ما رَوَينا، وقياساً على المنقول.

ولهما: أنّ المَبيعَ هو العَرْصة، وهي مأمونةٌ الهلاك غالباً، فلا يتعلّق به غَرَرَ الانفساخ، حتى لو كانت على شاطئ البَحر أو كان المَبيعُ علواً لا يجوز بيعُه قبل القبض.

والمرادُ بالحديث النَّقليّ[1]؛ لأنّ القَبْضَ الحقيقيَّ إنّما يُتصوَّر فيه، وعملاً بدلائل الجَواز.

ثمّ[2] إن كان نَقَدَ الثَّمن في البَيعِ الأَوّلِ فالثَّاني نافذٌ، وإلاّ فموقوفٌ كبيع المرهونِ.

---

(١) النهي في الحديث معلول بفور انفساخ العقد بالهلاك، وهذا في العقار نادر، حتى لو لم يكن بأن كان على شط نهر أو كان علواً، أو في موضع لا يؤمن أن يغلب عليه الرِّمال لم يجز بيعه قبل القبض، «فتح»، كما النهر٣: ٤٦٣.

(٢) ويشترط في نفاذ بيع العقار ولزومه أن يكون المشتري نقد الثمن في بيعه الأول، أو يرضى البائع في البيع الأول ببيعه، ففي البحر٦: ١٢٦: «النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع، وإلا فللبائع إبطاله، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير إذن البائع، فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق، وقيد بالبيع؛ لأنّه لو اشترى عقاراً، فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل، كذا في الخانية».

والإجارةِ على هذا الاختلاف[١]، وقيل: لا يجوز بالاتفاق[٢]؛ لأنّ المعقودَ عليه المنافع، وهلاكُها غيرُ نادرٍ بهلاكِ البناء.

قال: (**ويجوز التَّصرُّف في الثَّمن قبل قبضِه**)؛ لقيام الملك، ولا يتعيَّن ولا يكون فيه غَرَرَ الانفساخ.

قال: (**وتجوز الزِّيادةُ في الثَّمن والسِّلعة، والحَطُّ من الثَّمن، ويلتحقُ بأَصل العقد**).

وقال زُفر رضي الله عنه: وهي مبتدأةٌ؛ لأنّه لا يُمكن جعلُه ثَمَناً ومُثَمَّناً؛ لأنّه يصيرُ ملكُه عِوَضَ ملكِه، فَجعلناه هبة مبتدأة.

ولنا: أنّ بالزِّيادةَ والحطَّ غَيَّرا وصفَ العقد من الرِّبح إلى الخُسْران أو بالعَكس، وهما يملكان إبطالَه، فيملكان تغييره.

ولا بُدّ في الزِّيادةِ من القَبول في المجلس؛ لأنّها تمليكٌ.

ولا بُدّ أن يكون المعقودُ عليه قائماً قابلاً للتَّصرُّف ابتداءً، حتى لا تصحَّ الزِّيادة في الثَّمنِ بعد هلاكه، ويصحُّ الحطُّ بعد هلاك المبيع؛ لأنّه إسقاطٌ محضٌ، والزِّيادةُ إثباتٌ.

---

(١) أي الخلاف الواقع في البيع قبل القبض واقع في الإجارة، لكن المعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر، وهو الصحيح، كذا في «الفوائد الظهيرية»، وعليه الفتوى، كذا في «الكافي»، كما في البحر: ٦: ١٢٦.

(٢) في الرمز، والتبيين٤: ٨٠، وهو الصحيح، وفي النهر٣: ٤٦٣: أنه الأصح.

ولو حَطَّ بعضَ الثَّمنِ والمبيع قائم التحق بأصل العقد، وإن حط الجميع لم يلتحق؛ لأنه يصيرُ الثمن كأن لم يكن فيبطل الحطّ، وإذا صحّت الزيادة يصير لها حصّة من الثمن فيظهر ذلك في المرابحة والتولية، ولو هلكت قبل القبض سقط حصّتها من الثمن.

قال: (**ومَن باعَ بثمنٍ حالٍ ثمّ أَجَّله صَحّ**)؛ لأنّه حَقُّه، ألا تَرَىٰ أنّه يملك إسقاطه، فيملك تأجيله؟

وكلُّ دين حال يصحُّ تأجيلُه لما ذكرنا، إلا القَرْض؛ لأنّه صلةٌ ابتداءً ـ حتىٰ لا يجوز ممن لا يَمْلِك التَّبرُّعات، والتَّأجيلُ في التَّبرُّعات غيرُ لازمٍ كالإعارة ـ، معاوضةٌ انتهاء، ولا يجوز التأجيل فيه؛ لأنّه يصيرُ بيعَ الدِّرهم بالدِّرهم نسيئةً، وأنّه حَرامٌ.

قال: (**ومَن مَلَكَ جاريةً يحرم عليه وطؤها ودواعيه حتى يستبرئها بحيضةٍ أو شهر أو وضع حمل**).

وأصله قوله ﷺ في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ الحبالىٰ حتىٰ يضعن، ولا الحيالىٰ حتىٰ يستبرئن بحيضة»[1]، نهىٰ عن وطء المملوكات بالسَّبي إلىٰ غاية الاستبراء، فيتعلَّق الحكمُ به عند تجدُّد الملك بأيِّ سببٍ كان: كالشِّراءِ والهبةِ والوَصيةِ والميراثِ ونحوِها، والشَّهرُ كالحيضةِ عند عدمها لما عُرِف.

---

(١) فعن أبي سعيد رضي الله عنه قال أصبنا سبايا يوم أوطاس، فقال ﷺ: «لا يطأ رجل حاملاً حتىٰ تضع حملها، ولا غير ذات حمل حتىٰ تحيض حيضة» في سنن أبي داود٤: ١١٢، وسنن الدارمي٢: ٢٢٤، والمستدرك٢: ٢١٢، وصححه.

وإن حاضت في أثناء الشَّهر انتقل إلى الحيضة، كما في العِدّة.

والمعتبرُ ما يوجد بعد القبض حتى لو حاضَت أو وضعَت قبل القَبض يجب الاستبراء، وكما يحرمُ الوَطْء يحرمُ دَواعيه احترازاً عن الوقوع فيه كما في العِدّة، بخلاف الحيض؛ لأنّ الحُرمةَ للأذى، ولا أذى في الدَّواعي.

ومَن وطئ جاريتَه ثمّ أراد أن يبيعَها أو يزوّجها يُستحبُّ له أن يستبرئها، وإن لم يستبرئها، فالأحسنُ للزَّوج أن يستبرئها.

وأمّا ممتدّةُ الطُّهر:

قال أبو حنيفة ﵁: لا يطؤها حتى تتيقَّن بعدم الحَمْل.

ورُوِي عنه: سنتان، وهو الأحوط، وهو قولُ زُفر ﵁؛ لأنّ الوَلَدَ لا يبقى أكثر من سنتين على ما عُرِف.

وعنه: أربعةُ أَشْهر وعشرةُ أيام، وهو قولُ محمَّد ﵁؛ لأنّها عِدّة الوفاة للحُرّة تُعْرَفُ بها براءةُ الرَّحم.

وعن مُحمّد ﵁: شهران وخمسة أيّام؛ لأنه عدّةُ الأمة.

وعن أبي حنيفة ﵁، وهو قولُ أبي يوسف ﵁: ثلاثةُ أشهر؛ لأنّها تُعْرَفُ بها براءةُ الرَّحم في حَقّ الآيسةِ والصَّغيرة.

وعند الشَّافِعِي ﵁: أربعُ سنين؛ لأنّه أكثر مُدّة الحَمْل عنده.

وقال أبو مُطيع البَلْخي رضي الله عنه(١): تسعةُ أشهر؛ لأنّه المعتادُ في مدّة الحَمْل.

ويجب الاستبراءُ إذا حَدَثَ له ملكُ الاستمتاع بملك اليمين، سواء وطئها البائع أو لا، أو كان بائعها ممَّن لا يَطأ: كالمرأةِ والصَّغيرِ والأَخِ من الرَّضاع، وكذا إن كانت بكراً.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنّه لا استبراء في هذه الصُّورة، وهو قولُ مالك رضي الله عنه.

وعلى هذا الخلاف إذا حاضَتْ في يدِ البائع بعد البيع قبل القبض؛ لأنّ الاستبراء للتَّعرُّف على براءةِ الرَّحم، وهي ثابتةٌ في هذه الصُّور ظاهراً.

وجهُ الأوّل: أنّ سببَ الاستبراء الإقدام على الوطء في ملكٍ متجددٍ بملك اليمين، وحكمتُه التَّعرُّف عن براءة الرَّحم، والحكمُ يُدارُ على السَّبب لا على الحكمة.

ولو اشترى امرأتَه فلا استبراء؛ لأنّه لا يجب صيانةُ مائه عن مائه.

---

(١) وهو الحكم بن عبد الله بن مسلم البَلْخي، أبو مطيع، القاضي الفقيه صاحب الإمام، راوي كتاب الفقه الأكبر عنه، وكان ابن المبارك يعظمه ويحبه لدينه وعلمه، وكان قاضياً ببلخ، قال الكفوي: كان بصيراً علامة كبيراً، ومن تفرداته أنه كان يقول بفرضية التسبيح ثلاث مرّات في الركوع والسجود، (ت٨/ ١٩٩هـ). ينظر: طبقات ابن الحنائي ص٢١، والفوائد ص١١٧-١١٨.

قال: (**ويجوز بيعُ الكلبِ والفهدِ والسِّباع مُعَلَّماً كان أو غيرَ مُعَلَّم**)؛ لأنّه حيوانٌ منتفعٌ به حراسةً واصطياداً فيجوز؛ ولهذا ينتقل إلى ملكِ الموصى له والوارث، بخلاف الحَشَرات كالحيّة والعقرب والضبِّ والقُنْفُذِ ونحوها؛ لأنّه لا ينتفع بها.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنه لا يجوز بيع الكلب العَقور؛ لأنه ممنوعٌ عن إمساكه مأمورٌ بقتلِه.

ويجوز بيعُ الفيل.

وفي بيعِ القِرْدِ روايتان عن أبي حنيفة ﷺ، والأصحُّ الجوازُ؛ لأنّه يُنتفع بجلدِه.

وعن أبي حنيفة ﷺ: جواز بيع الحيِّ من السَّرطانِ والسُّلَحْفاة والضِّفْدَع دون الميت منه، ويجوزُ بيع العَلَق لحاجةِ النَّاس إليه.

قال: (**وأهلُ الذِّمّةِ في البيعِ كالمسلمين**)؛ لقوله ﷺ: «إذا قَبلوا الجزية فأعلمهم أنّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»[1].

---

(١) فعن عليّ ﷺ: «مَن كانت له ذمّتنا فدمُه كدمنا، وديّتُه كديّتنا» في معرفة السنن١٣: ١٢٥، ومسند الشافعي١: ٣٤٤، وسنن البيهقي الكبير٨: ٣٤، وغيرها.
وعن أنس ﷺ، قال ﷺ: «أمرت أن أقاتلَ الناسَ حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأنّ محمّداً عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، ويأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلّوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حَرُمَت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقّها، لهم ما للمسلمين، وعليهم ما

(ويجوز لهم بيعُ الخَمْرِ والخِنْزير)؛ لأنّه من أعزِّ الأموال عندهم، وقد أُمرنا أن نتركهم وما يدينون، يؤيِّدُه قول عمر ﷺ: «ولوهم بيعها»[١].

قال: **(ويجوز بيعُ الأَخرس وسائر عُقُودِه بالإشارة المفهومة)**، ويقتصُّ منه وله، ولا يُحَدُّ للقَذْف ولا يُحَدُّ له[٢].

وكذلك إذا كان يَكتب؛ لأنّ الكِتابةَ من الغائب كالخطاب من الحاضر، والنبيُّ ﷺ «أمر بتبليغ الرِّسالة»، وقد بلَّغ البعض بالكتاب[٣]، وإنّما جاز ذلك لمكان العَجْز، والعَجْزُ في الأَخرسِ أظهر.

على المسلمين» في سنن الترمذي٥: ٤، وسنن أبي داود٢: ٥١، وسنن النَّسائي الكبرى٢: ٢٨٠، والمجتبى ٨: ١٠٩، وصحيح ابن حبان١٣: ٢١٥، ومسند أحمد٣: ٢٢٤.

(١) فعن سويد بن غفلة ﷺ قال: «بلغ عمر بن الخطاب ﷺ أنَّ عمالَه يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثاً، فقال بلال ﷺ: إنَّهم ليفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها، فإنَّ اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها» في مصنف ابن عبد الرزاق ٦: ٢٣.

(٢) فلا يُحَدّ الأخرس إذا قذف، ولا يُحَدّ للأخرص إذا كان مقذوفاً؛ لبقاء احتمال كونه مصدقاً، كما في مجمع الأنهر٢: ٧٣٢.

(٣) فعن ابن عباس ﷺ: أن أبا سفيان بن حرب أخبره: أن هرقل أرسل إليه في نفر من قريش، وكانوا تجارا بالشأم، فأتوه قال: ثم دعا بكتاب رسول الله ﷺ فقرئ، فإذا فيه: «بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد عبد الله ورسوله، إلى هرقل عظيم الروم، السلام على من اتبع الهدى، أما بعد» في صحيح البخاري٨: ٥٨.

ولا يجوز ذلك فيمَن اعتقل لسانُه أو صمت يوماً؛ لأنّ الإشارةَ إنّما تعتبرُ إذا صارت معهودةً ومعلومة، فمَن كان كذلك فهو بمنزلةِ الأَخرس بخلاف الحدود؛ لأنها تندرئ بالشُّبهات.

قال: (**ويجوز بيعُ الأَعمى وشراؤه**)؛ لأنّ النَّاسَ تعاهدوا ذلك من لدن الصَّدر الأوّل إلى يومنا هذا، ومن الصحابة ﷺ مَن عَمِي وكان يتولّىٰ ذلك من غير نكير.

والأصل فيه حديث حِبان بن مُنْقذ رضي الله عنه [1]، وهو ما رواه عُمر رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا ابتعت فقل: لا خِلابةَ ولي الخيارُ ثلاثةَ أيّام، وكان أَعمى»[2]، ....

(١) هو حَبَّان بْن منقذ بْن عَمْرو الأنصاري الخزرجي المازني، له صحبة، وشهد أُحداً وما بعدها، وتزوج زينب الصغرىٰ بنت ربيعة بْن الحارث بْن عبد المطلب، فولدت يحيىٰ بْن حبان، وواسع بْن حبان، وهو جد مُحَمَّد بْن يَحْيَىٰ بْن حبان شيخ مالك، وهو الَّذِي قَالَ لَهُ النَّبِيّ ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»، وكان في لسانه ثقل، فإذا اشترىٰ يقول: لا خيابة، لأنَّه كان يخدع في البيع، لضعف في عقله، وتوفي في خلافة عثمان رضي الله عنه. ينظر: أسد الغابة ١: ٤٣٧، والإصابة ٢: ١٠.

(٢) فعن طلحة بن يزيد بن ركانة: «أنّه كلَّم عمر بن الخطاب في البيوع، قال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لِحِبَّان بن منقذ، إنّه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام إن رضي أخذ وإن سخط ترك» في سنن الدارقطني ٤: ٦، وسنن البيقهي الكبير ٥: ٤٥٠.

وعن ابن عمر رضي الله عنه: أنَّ رجلاً ذكر للنبي ﷺ، أنَّه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خَلابة» في صحيح البخاري ٣: ٦٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٥.

ذَكَرَه الدَّارَقُطْنيّ[١]؛ ولأنّ مَن جاز له التَّوكيل جاز له المباشرةُ كالبَصير.

(ويثبتُ له خِيار الرُّؤية)؛ لأنّه اشترى ما لم يَرَه على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

(ويسقطُ خِياره بجسِّ المَبيع أو بشمِّه أو بذوقِهِ، وفي العَقار بوصفِه)، وفي الثَّوب بذكر طولِهِ وعرضِه؛ لأنّه يحصلُ له بذلك العلم بالمشترى: كالنَّظر من البَصير، وبَلْ أكثر.

ولو وُصِفَ له العقارُ ثمّ أبصر لا خِيار له.

ولو اشترى البَصير ما لم يره ثمّ عمي، فهو كالأعمى عند العقد.

فصل

(الإقالةُ[٢] جائزةٌ)؛ لقوله ﷺ: «مَن أقال نادماً بيعتَه، أقال اللهُ عثرتَه يوم

---

(١) وهو علي بن عمر بن أحمد الدَّارَقُطْنِيّ البَغْدَادِيّ الشَّافِعِيّ، أبو الحسن، قال أبو الطيب الطَبَري: الدَّارَقُطْنِيّ أمير المؤمنين في الحديث. من مؤلفاته: «السنن الكبرى»، و«المختلف والمؤتلف»، و«الأفراد»، (٣٠٦-٣٨٥هـ). ينظر: العبر٣: ٢٨، والوفيات٣: ٢٩٧-٢٩٩.

(٢) لغةً: أقلته البيع إقالة: وهو فسخه ورفعه.
وشرعاً: عقد فسخ البيع، كما في البناية ٨: ٢٢٤.
وركنُها: فهو الإيجابُ من أحدِ العاقدين والقَبول من الآخر، فإذا وُجد الإيجاب من

القيامة»[١]؛ ولأنّ للنَّاسَ حاجةٌ إليها كحاجتهم إلى البيع، فتُشرع، ولأنّها ترفع العقد، فصارت كالطَّلاقِ مع النِّكاح.

(وتتوقَّف على القَبول في المجلس)[٢]؛ لأنّها بمنزلةِ البَيع؛ لما فيها من معنى التَّمليك، وتَصِحُّ بلفظين يُعبَّرُ بأحدِهما عن المستقبل؛ لأنّها لا يحضرها السَّوم غالباً كالنِّكاح.

أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدلُّ عليه فقد تَمَّ الرُّكن.

وتنعقد بلفظين يعبّر بهما عن الماضي بأن يقول أحدهما: أقلت، والآخر: قبلت، وبكل صيغة تدلُّ على الجزم والتحقق.

وتنعقد الإقالة بكلِّ لفظٍ يُفيد معنى الإقالة كألفاظ: الفسخ، والتَّرك، والرفع، والترداد، وأعد لي نقودي، وخذ نقودك وأمثالها، ولكن بين ألفاظ الإقالة فرق، فإذا عُقِدت الإقالة بلفظ: الإقالة؛ فحكمُها في حقِّ المتعاقدين فسخٌ وفي حقِّ الغير بيعٌ جديد، أما إذا عقدت الإقالة بألفاظ: المفاسخة، أو المتاركة، أو التراد، فليست بيعاً، إنَّما فسخاً في حق الجميع، كما في البدائع ٥: ٣٠٦، ودرر الحكام ١: ١٦٥، وغيرها.

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن أقال نادماً بيعته أقال الله عز وجل عثرته يوم القيامة» في صحيح ابن حبان ١١: ٤٠٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤١، والمعجم الأوسط ١: ٢٧٣.

(٢) شرائط صحة الإقالة:

١. رضا المتقايلين؛ لأنَّها فسخ العقد، والعقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما.

٢. أن يكون المبيع محتملاً للفسخ بسائر أسباب الفسخ: كالردّ بخيار الشَّرط والرُّؤية والعيب، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصحّ الإقالة.

وقال مُحمّدٌ ﵁: لا بُدّ من لفظين ماضيين؛ لأنّها تمليكٌ بعوضٍ كالبَيع. وجوابه: ما مَرّ.

ولا تَصِحُّ إلا بلفظِ الإقالة، فلو تَقايلا بلفظِ البيعِ كان بَيْعاً بالإجماع؛ لأنّ الإقالةَ تُنبئُ عن الرَّفع، والبيعُ عن الإثباتِ فتتنافيا.

ولا تَبطلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ عند أبي حنيفة ﵁، وتبطلُ عند أبي يوسف ﵁.

قال: (**وهي فَسخٌ في حقِّ المتعاقدين**[1] **بيعٌ جديد في حقّ ثالثٍ**)[2] عند أبي حنيفة ﵁، فإن تَعَذَّر جعلُها فسخاً بطلت.

٣.قيام المبيع وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصحّ، كما في الهداية ٣: ٥٦، والبدائع ٥: ٣٠٩.

(١) فائدة كون الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين: أنَّه يجب على البائع ردّ الثمن الأول وما سميا بخلافه يكون باطلا، فلو تقايلا ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو أنقص من الثمن الأول، أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول قلّ أو كثر، أو أجلا الثمن الأول، فإنَّ الإقالة تكون على الثمن الأول، وتسمية الزيادة، والنقصان، والأجل، والجنس الآخر باطلة، سواء كانت الإقالة قبل القبض أو بعدها، والمبيع منقول أو غير منقول؛ لأنَّها فسخ في حق العاقدين، والفسخ رفع العقد، والعقد رفع الثمن الأول، فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة; لأنَّه فسخ ذلك العقد، كما في شرح الوقاية ص٥٣٧، والشرنبلالية ٢: ١٧٩، والبناية شرح الهداية ٦: ٤٨٣.

(٢) فائدة كون الإقالة بيع في حق غيرهما: أنَّه تجب الشفعة بالإقالة، فإن الشفيع ثالثهما،

وقال أبو يوسف ﷺ: بيعٌ جديدٌ في حقِّ الكلّ، فإن تعذَّر ففسخٌ، فإن لم يُمكن بَطَل.

وقال مُحمّد ﷺ: فَسخٌ، فإن تَعَذَّرَ فبيعٌ، فإن لم يُمْكن بَطَلَ.

وقال زُفر ﷺ: فسخٌ في حقِّ المتعاقدين وغيرِهما.

وصورتُه: لو تَقايلا قبل القَبْض، فهو فسخٌ بالإجماع، ويَبْطل شرط الزِّيادة والنُّقصان.

أمّا عندهما: فظاهر.

وكذا عند أبي يوسف ﷺ؛ لأنّه تعذَّر جعلُه بيعاً إلا في العِقار حيث يجوز بيعُه قبل القبض عنده.

ولو تقايلا بعد القَبضِ فهو فسخٌ عند أبي حنيفة ﷺ، ويلزمُه الثَّمنُ الأوَّلُ جنساً ووصفاً وقدراً، ويبطل ما شَرَطَه من الزِّيادة والنُّقصان والتَّأجيل والتَّغيير؛ لأنّ الإقالةَ رفعٌ، فيقتضي رَفْعَ الموجود، والزِّيادةُ لم تكن، فلا ترتفع إلا إذا حَدَثَ بالمبيع عيبٌ، فيجوز بأقلَّ من الثَّمن الأَوَّل؛ لأنَّ النُّقصان في مقابلةِ العَيب.

ولو حَدَثَت الزِّيادة في المبيع كالولدِ ونحوه بعد القَبْض بطَلَت الإقالة عنده؛ لتعذُّر الفَسْخ بسبب الزِّيادة.

فإن كان المبيع عقاراً فسلَّم الشفيع الشفعة، ثم تقايلا يقضىٰ له بالشفعة؛ لكونه بيعاً جديداً في حقّه كأنَّه اشتراه منه، كما في شرح الوقاية ص٥٣٧.

وعند أبي يوسف ﷺ: الإقالةُ جائزةٌ بما سَميا كالبيع الجديد، وحدوث الزِّيادة بعد القَبْض لا يَمنعُ ذلك.

وعند محمّد ﷺ: إن سَكَتَ أو سَمَّى الثَّمنَ الأَوَّل أو أَقلَّ أو دَخَلَه عيبٌ فهو فسخٌ.

أمّا إذا سمَّى الأقلّ؛ فلأنّه سكوتٌ عن البَعْض، ولو سَكَتَ عن الكلِّ كان فسخاً، فكذا عن البعض.

وأمّا إذا ذَكَرَ الثمنَ الأوّلَ فظاهر.

وأمّا إذا دخله عيبٌ؛ فلما مَرّ.

وإن سميا أكثر أو خلاف الجنس أو حدثت الزِّيادة، فهو بيعٌ جديد؛ لتَعَذُّر الفَسخ.

وجه قول محمّد ﷺ: أنّه فسخٌ بصيغتِه؛ لأنّ الإقالةَ تُنبئ عن الرَّفع، ومنه: أَقلني عثرتي بمعنى الرَّفع والإزالة، وفيه معنى البَيع؛ لكونه مبادلةُ المال بالمال، فإذا أمكن العَمل بالصِّيغة يُعمل بها وإلاّ يُعمل بالمعنى، فإذا سَكَتَ أو سَمَّى الثَّمن الأوّل أو أقلّ منه أو دخله عيبٌ فقد أمكن العمل بالصِّيغة؛ لما بيّنا.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّه بيعٌ؛ لأنه مبادلةُ المالِ بالمال عن تراض، فيُعمل به إلا إذا تعذَّر، فيُعمل بالصِّيغة، وإنّما تعذَّر عنده في الإقالة في المنقول قبل القبض على ما تقدَّم.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ الإقالةَ تنبئُ عن الفَسْخِ والإزالة؛ لما بَيّنّا، فلا تحتمل معنىً آخر نفياً للاشتراك، والأصلُ العملُ بحقيقةِ اللفظ، فإذا تعذَّر لا يُجعل بيعاً مبتدأ؛ لأنه ضدُّ الرَّفع فيبطل.

وأمّا كونه بيعاً في حقّ ثالث، وهو الشَّفيع، فصورته: باع دارا فسَلَّم الشَّفيع الشُّفعة، ثمّ تَقايل البائعُ والمشتري، فللشَّفيع الشُّفعةُ خلافاً لزُفر ﷺ؛ لأنّ ما هو فسخٌ في حقّهما، فهو فسخ في حقِّ غيرهما: كالردّ بخيار الشَّرط.

وجوابُه: أنّ الإقالةَ نقلُ ملكٍ بإيجابٍ وقَبولٍ بعِوَضٍ ماليٍّ، وهو سببُ وجوب الشُّفعة، وهما عَبَّرا عنه بالإقالة لإسقاط حقِّه، ولا يملكان ذلك.

وكذا لو وَهَبَه شيئاً وقبضَه، فباعَه الموهوبُ له، ثُمّ تَقايلا، ليس للواهبِ الرُّجوع، ويَصير الموهوبُ له كالمشتري.

قال: (**وهلاكُ المَبيعِ يمنعُ صِحّة الإقالةِ**)[1]؛ لأنّ الفَسَخَ يقتضي قيام البيع، وهو ببقاءُ المبيع.

---

(١) موانع الإقالة:

١. هلاك المبيع هلاكاً حقيقياً أو حكمياً: كفرار الحصان مثلاً.

٢. حصول زيادة في المبيع متصلة غير متولدة: كصبغ سيارة.

٣. حصول زيادة في المبيع منفصلة متولدة: كولد الشاة؛ لأنَّ حصولها بعد القبض يجعل فسخ العقد متعذِّراً؛ لأنَّ تلك الزِّيادة من حقِّ المشتري شرعاً.

٤. تبدّل اسم المبيع: كما إذا اشترى رجل من آخر خيوطاً، فنسجها ثوباً، فصار اسم تلك الخيوط ثوباً، فالإقالة غير صحيحة، كما في المجلة المادة ١٩٤، وشرحها درر

(**وهلاكُ بعضِه يَمنعُ بقدره**)؛ لقيام البيع في الباقي.

(**وهلاكُ الثَّمن لا يمنعُ**)؛ لقيام البَيِّع بدونه.

وإن تَقايضا فهلاك أحدهما لا يَمْنعُ الإقالة؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما مبيعٌ، فيكون البيعُ قائماً، ويردُّ قيمةَ الهالك أو مثلَه؛ لأنّه إذا انفسخ في الباقي ينفسخ في الهالك ضرورةً، وقد عَجَزَ عن ردِّه، فيردُّ عوضَه.

ولو هَلَكَ العِوضان لا تَصِحُّ الإقالةُ، وتصحُّ لو هَلَكَ البَدَلان في الصَّرف، والفرقُ أنّ العَقدَ يتعلَّقُ بالعَينِ في العُروض دون الأثمان، فكذا في الإقالة، والله أعلم.

باب الخِيارات

[فصل في خيار الشرط]

(**خِيار الشَّرط جائزٌ للمُتبايعين، ولأحدِهما ثلاثةَ أيّام فما دونها**)، والأصلُ فيه: قوله ﷺ لحَبَّان بن مُنْقِذ رضي الله عنه وكان يُخدع في البَياعات: «إذا ابتعت فقل: لا خِلابةَ، ولي الخيار ثلاثة أيّام»[1].

الحكام ١٦٨-١٦٩.

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: «إنَّ حَبَّان بن مُنْقِذ رجلاً ضعيفاً وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله ﷺ له الخيار فيما اشترى ثلاثاً» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٧٣، والمنتقى ١: ١٤٦، والسنن المأثورة ١: ٢٨٣، وغيرها.

(ولا يجوز أكثر من ذلك)، وهو قولُ زُفر رضي الله عنه.

وقالا: يجوز إذا ذَكر مُدّةً معلومةً؛ لأنّ الخِيارَ شُرع نظراً للمُتَعاقدين للاحتراز عن الغُبْن والظُّلامة، وقد لا يحصل ذلك في الثَّلاث، فيكون مُفَوَّضاً إلى رأيه، ومذهبُهما مَنقولٌ عن ابن عُمر رضي الله عنهم.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ الأصلَ ينفي جَواز الشَّرط؛ لما فيه من نفي ثبوت الملك الذي هو موجبُ العقد، فلا يصحُّ كسائر موجبات العَقد، وكذلك النَّصُّ يَنفيه، وهو قوله ﷺ لعَتَّاب بن أُسيد حين بعثه إلى مكة: «انهم عن بيع وشرط، وبيع وسَلَف»[1]، ....

وعن ابن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنَّ المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً» في صحيح البخاري ٢: ٧٤٢

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٧٢، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٥٥-٥٦: سكت عنه البيهقي ولم يعله ابن التركماني بشيء، فهو حسن أو صحيح، ... وجعله محمد بن الحسن في الحجج حديثاً معروفاً مشهوراً،... وإذا اشتهر الحديث استغنى عن الإسناد.

(١) فعمرو بن العاص رضي الله عنه، قال: قلت: «يا رسول الله، إني أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها، أفتأذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم» قال: فكان فيما كتب عن رسول الله ﷺ أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة قال: «أخبرهم أنّه لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع» في المستدرك ٢: ٢١.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال ﷺ لعتاب بن أسيد: «إني قد بعثتك على أهل الله أهل مكة، فانهم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في شرط، وعن بيع

وروي أنّه ﷺ «نهى عن بَيْع وشَرْط»(١)، إلا أنا عدلنا عن هذه الأُصول وقلنا بجوازه ثلاثة أيّام؛ لما رَوَينا من حديث حَبّان رضي الله عنه.

والحاجةُ إلى دفعِ الغُبْنِ تَنْدفعُ بالثَّلاثِ، فبقي ما وراءه على الأصلِ.

والحاجة للبائع والمشتري، فثبت في حقِّهما.

ولو شَرَطَ الخِيارَ أكثرَ من ثلاثةِ أيّام، أو لم يُبَيِّن وقتاً، أو ذكر وقتاً مجهولاً فأجاز في الثَّلاث، أو أسقطه، أو سقط بموتِه، أو بموتِ العبد، أو أعتقه المشتري، أو أحدث فيه ما يوجب لزوم العقد ينقلب جائزاً، خلافاً لزفر رضي الله عنه؛ لأنّه انعقد فاسداً، فلا ينقلب جائزاً.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ المفسدَ لم يتصل بالعَقد؛ لأنّ الفَسادَ باليوم الرَّابع،

وقرض، وعن بيع وسلف» في المعجم الأوسط٩: ٢١.

وعن صفوان بن يعلى، عن أبيه، قال: «استعمل النبي ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، فقال: إني قد أمرتك على أهل الله عز وجل بتقوى الله عز وجل، ولا يأكل أحد منهم من ربح ما لم يضمن، وانههم عن سلف وبيع وعن الصّفقتين في البيع الواحد، وأن يبيع أحدهم ما ليس عنده» في سنن البيقهي الكبير٥: ٥١٠.

(١) فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه: «نهى ﷺ عن بيع وشرط» في مسند أبي حنيفة ص١٦٠، والمعجم الأوسط٤: ٣٣٥.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة» في سنن الترمذي ٣: ٥٣٥، وقال: حسن صحيح، وصحيح ابن حبان ١٠: ١٦١، والمستدرك ٢: ٢١، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٣، وسنن النسائي الكبرى ٤: ٣٩، وغيرها.

حتى إن العَقْدَ إنّما يفسدُ بمضي جزءٍ من اليوم الرَّابع، فيكون العقدُ صَحيحاً قبله، ولأنّها مُدّةٌ ملحقةٌ بالعقد، مانعةٌ من انبرامه، فجاز أن ينبرم بإسقاطِهِ كالخِيار الصَّحيح.

وشرط خِيار الأبد باطلٌ بالإجماع.

قال: (**ومَن له الخِيار لا يفسخ إلا بحضرة صاحبه**): أي بعلمِه (**وله أن يجيز بحضرته وغيبته**)، وقال أبو يوسف ﵁: يُفسخُ بغيبتِهِ أيضاً؛ لأنّ الخِيارَ أثبت له حَقّ الإجازةَ والفَسْخَ، فكما تجوز الإجازةُ في غيبتِهِ، فكذا الفَسْخُ.

ولهما: أنّه فَسْخُ عقدٍ، فلا يصحُّ من أحدِهما كالإقالة، بخلاف الإجازة؛ لأنّها إبقاءُ حَقّ الآخر، فلا يحتاج إلى علمِه، والفَسْخُ إسقاطُ حقِّه فاحتاج إليه، فإذا فسخ بغيبته، فعَلِم به في المدّة تَمَّ الفَسْخ، وإن لم يَعْلَم حتى مَضَت المُدّة تمّ العَقْدُ.

قال: (**وخِيارُ الشَّرْط لا يُورَثُ**)؛ لأنّه مشيئةٌ وتروٍّ، وذلك لا يُتَصوَّر فيه الإرث؛ لأنّه لا يَقْبل الانتقال.

أمّا خِيار العَيب؛ فلأن المشتري استحقّ المبيع سليماً، فينتقل إلى وارثه كذلك.

وأمّا خِيار التَّعيين، فإنه ثبت له ابتداءً لاختلاطِ ملك المُورِّث بملك الغير.

قال: **(ومَن اشترى عبداً على أنّه خَبّازٌ فكان بخلافه، فإن شاءَ أخذه بجميع الثَّمنِ وإن شاءَ رَدَّه)**؛ لأنّ هذا وصفٌ[1]، والأوصافُ لا يُقابلها شيءٌ من الثَّمنِ، فيأخذُه بجميعِ الثَّمَن، إلا أنّه فاتَه وصفٌ مرغوبٌ فيه مستحقٌّ بالعَقْد، فبفواتِهِ يثبتُ له الخِيار؛ لأنّه ما رَضِي بدونه كوصف السَّلامة، وعلى هذا اشتراط سائر الحرف.

---

(١) هذا ما يسمى خيار الوصف: وهو حقٌّ يثبت إذا باع مالاً بوصفٍ مرغوبٍ، فظهر المبيعُ خالياً عن ذلك، كما لو باع بقرة على أنَّها حلوب فظهرت غير حلوب، يكون المشتري مخيّراً، أو باع فصاً ليلاً على أنَّه ياقوت أحمر فظهر أصفر، يخير المشتري.
والضَّابطُ فيه: إنَّ كلَّ وصف لا يكون فيه غرر ـ أي احتمال العدم - فاشتراطه صحيح، وإذا ظهر المبيع خالياً عنه أوجب ذلك الخيار للمشتري، فله فسخ البيع وترك المبيع للبائع؛ لأنَّ المشتري قَبِلَ المبيع بشرط أن يكون مشتملاً على الوصف المرغوب فيه، وله قَبول المبيع بجميع الثَّمن المسمّى وليس له أن يحطَّ من الثَّمن في مقابلةِ ذلك الوصف؛ لأنَّ ذلك الوصف قد دَخَلَ في المبيع تبعاً، فلا يكون للوصف حصّةً من الثَّمن(١).
والوصف الذي لا غرر فيه: وهو ما يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف على وجوده: ككون الشاة حلوب، فإنَّه يمكن أن يأمر البائع بحلب الشاة بيده فتظهر الصفة.
والوصف الذي فيه غرر: وهو ما لا سبيل إلى معرفته، فلا يجوز اشتراطه: كبيع البقرة على أنَّها حامل، أو تحلب مقدار كذا من اللبن في اليوم، فهو غيرُ صحيح، لأنَّه لا يُعلم ما في بطن البقرة وضرعها أحمل أو انتفاخ، كما في درر الحكام ١: ٣٠٦، و شرح الآتاسي ٢: ٢٥٤.

قال: (**وخِيار البائع لا يخرج المَبيع عن ملكه، وخِيار المشتري يُخرجُه ولا يُدخله في ملكه**)، اعلم أنّ البَيعَ بشرطِ الخِيارِ لا ينعقد في حَقِّ حكمِه، وهو ثبوتُ الملك، بل يتوقَّفُ ثبوتُ حكمِهِ على سقوط الخيار؛ لأنّه بالخِيار استثنى مباشرة العقد في حقّ الحُكم، فامتنع حكمُه إلى أن يسقط الخِيار.

ثمّ الخِيارُ إمّا أن يكون للبائع أو للمُشتري أو لهما، فإن كان للبائعِ فلا يخرج المَبيعُ عن ملكِه؛ لأنّه إنّما يخرج بالمراضاة، ولا رضا مع الخِيار، حتى نَفَذَ إعتاق البائع، وليس للمُشتري التَّصرُّف فيه.

ولو قبضه المشتري وهَلَكَ في يدِه في مدّةِ الخيارِ، فعليه قيمتُه؛ لأنّه لم ينفذ البَيع، ولا نفاذَ للتَّصرُّف بدون الملك، فصار كالمقبوضِ على سَوْمِ الشِّراء، وفيه القيمة.

ولو هَلَكَ في يدِ البائعِ لا شيءَ على المشتري كالصَّحيح.

ويخرج الثَّمن من ملكِ المشتري بالإجماع، ولا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لهما.

وإن كان الخِيارُ للُمشتري يخرجُ المبيعُ عن ملكِ البائع؛ لأنّ البَيعَ لزمَ من جانبه، ولا يدخلُ في ملكِ المشتري عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما: يَدْخُلُ.

والثَّمنُ لا يخرجُ من ملكِ المشتري بالإجماع، ولا يملك البائعُ مطالبتَه قبل الثَّلاث.

وجه قولهما في الخلافيات: أنّه لمّا خَرَجَ المبيعُ عن ملكِ البائعِ وَجَبَ أن يدخلَ في ملكِ المشتري؛ لئلا يصير سائبةً بغير مالك، ولا نظير له في الشَّرع.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ الخيارَ شُرِع للتَّروي، فلو دَخَلَ في ملكه، رُبّما فات ذلك بأن كان قَريباً له، فيَعْتَق عليه، ولأنّ الثَّمن لم يخرج عن ملكه، فلو دَخَلَ المَبيع في ملكه اجتمع البدلان في ملكٍ واحدٍ، ولا نظيرَ له في الشَّر[1]ع، وقضيةُ المعاوضة المساواة، ودخولُه في ملكِه ينفيها.

وإن هَلَكَ في يدِ المشتري هَلَكَ بالثَّمن.

وكذلك إن دخلَها عيبٌ؛ لأنّ بالعَيْبِ يمتنعُ الرَّدّ، والهلاكُ لا يخلو عن مقدمةِ عيب، فيهلكُ بعد انبرامِ العقدِ، فيلزمه الثَّمن.

ويُعرفُ من هذين الفَصْلين الحُكمُ فيما إذا كان الخِيار لهما لمن يتأمّله إن شاء الله تعالى.

وثمرةُ الخلاف تظهر في مسائل:

---

(١) أي لم يُعْرَفْ هذا في الشَّرع، وقد عُرِفَ الخروجُ عن ملكِ شخص لا إلى مالك في مسائلَ:
منها: إذا اشترى متولّي أمرِ الكعبةِ عبداً لخدمتها؛ فإنّه يخرجُ عن ملكِ مالكه، ولا يدخلُ في ملك أحد.
ومنها: مالُ التّركةِ إذا استغرقَه الدَّين، فإنّه يخرجُ عن ملك الميِّت، ولا يدخلُ في ملكِ الورثةِ ولا الغرماء.
ومنها: الوقف. ينظر: كمال الدراية ق٣٧٢.

منها: لو كان المشتري قريباً له لم يَعْتَق عنده.

ولو كانت زوجتُه لم ينفسخ النِّكاح خلافاً لهما فيهما، وإن وطئها لا يبطل خِياره؛ لأنّه وطئها بحكم النِّكاح، إلا أن تكون بكراً، أو نقصها الوَطء.

وعندهما: يَبْطل الخِيار[١]؛ لأنّه وطئها بملكِ اليمين.

ولو كانت جاريةً قد وَلَدت منه لا تصير أمّ ولد له عنده خلافاً لهما.

ولو حاضت عنده في مدّة الخِيار، ثمّ أجاز البَيع لا يجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء عنده.

ولو ردّها لا يجب على البائع الاستبراء عنده خلافاً لهما فيهما.

ويبتني على هذا الأَصل مسائلُ كثيرة[٢] يعرفُها مَن أَتْقَن هذه الأُصول.

---

(١) لأنّه ملكها، فإن وطئها لا يردها، ولو كانت ثيباً؛ لأنّ الوطء بعد انفساخ النِّكاح ليس إلا بملك اليمين، فكان مسقطاً للخيار ورضا بالبيع، وهذه المسألة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في البيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه، كما في الهداية والعناية٦: ٣٠٣.

في النسخ: النكاح، والمثبت موافق لما في تحفة الفقهاء حيث قال: وعندهما: يبطل خياره.

(٢) منها: ما إذا تخمّرَ العصيرُ في بيعِ مسلمين في مدّته فسدَ البيعُ عنده، ولعجزِهِ عن تملّكه عندهما يتمُّ لعجزِهِ عن ردّه.

ومنها: لو اشترى داراً على أنّه بالخيار وهو ساكنها بإجارةٍ أو إعارة فاستدامَ سكنها، قال السَّرَخْسِيُّ: لا يكونُ اختياراً، وهو كابتداءِ السّكنى، وقال خُوَاهَرْ زَادَه: استدامتُها اختيارٌ عندهما؛ لملك العين، وعنده: ليس باختيار.

قال: (**ومَن شَرَطَ الخيار لغيره جاز ويَثبتُ لهما**)، والقياسُ: أن لا يجوز، وهو قولُ زُفر ﵁؛ لأنّه موجبُ العَقد، فلا يجوز اشتراطُه لغير العاقد كالثَّمن.

وجهُ الاستحسان: أنّه يثبت له ابتداءً، ثمّ للغير نيابةً تصحيحاً لتصرُّفه.

(**وأيُّهما أجاز جاز، وأيُّهما فَسَخَ انفسخ**)، فإن أجاز أحدُهما وفسخَ الآخرُ فالحكمُ للأَسْبَق، وإن تكلَّما معاً فالحكم للفَسْخ؛ لأنّ الخِيارَ شُرِع للفَسْخ، فهو تصرُّفٌ فيما شُرِعَ لأجلِهِ، فكان أولى.

وقيل: تصرُّفُ المالك أَوْلى كالموكل.

قال: (**ويسقطُ الخيارُ بمضيِّ المدّةِ، وبكلِّ ما يدلُّ على الرِّضا: كالرُّكوبِ والوطءِ والعِتْقِ ونحوِه**).

اعلم أنّ الخِيارَ يسقط بثلاثةِ أشياء:

ومنها: حلالٌ اشترى ظَبَياً بالخيار فقبضه ثمّ أحرم، والظَّبْيُ في يدِهِ ينتقضُ البيعُ عنده، ويردُّ إلى البائع، وعندهما: يلزمُ المشتري، ولو كان الخيارُ للبائعِ ينتقضُ بالإجماع، ولو كان للمشتري فأحرمَ البائع، للمشتري أن يردّه.

ومنها: إذا كان الخيارُ للمشتري، وفسخ العقد فالزوائدُ تردّ على البائعِ عنده؛ لأنّها لم تحدث على ملكِ المشتري، وعندهما: للمشتري؛ لأنّها حدثت على ملكِه، كما في الفتح٥: ٥٠٩، والبحر٦: ١٧-١٨، ومجمع الأنهر٢: ٢٨.

أحدُها: الإسقاطُ صَريحاً: كقوله: أَسقطت الخِيار أو أَبطلته، أو أَجزت البيع، أو رَضِيت به وما شابهه؛ لأنّه تَصْريحٌ بالرِّضى، فيبطل الخِيار.

والثَّاني: الإسقاطُ دلالةً، وهو كلُّ فعلٍ يوجدُ ممَّن له الخيار لا يَحِلُّ لغير المالك؛ لأنّه رضي بالملك، وذلك مثل: الوَطْءُ واللَّمْسُ والقُبْلةُ والنَّظرُ إلى الفَرْج بشهوةٍ، وإن فعلَه بغيرِ شهوةٍ لا يكون رضى.

وكذلك النَّظرُ إلى سائرِ أعضائها؛ لأنّه يحتاج إليه للمعالجة، وليعرف لينها وخشونتها.

ولو فعل البائع ذلك فهو فسخ؛ لأنه لا يحتاج إلى ذلك.

وكذلك الرُّكوب لا يجوز لغير المالك، فإن ركبَها ليردَّها أو ليسقيها أو يشتري لها عَلَفاً، فهو على خِياره.

وكذلك إذا سَكَنَ الدَّار أو أَسكنها لدليل الرِّضى.

ولو رَكَبَ أو لَبِسَ أو استخدم، فهو على خِيارِه لحاجتِهِ إلى ذلك للاختبار، ولو أعاد ذلك بَطَلَ خِياره؛ لعدم حاجتِهِ إليه، إلا في العبدِ إذا استخدمه في حاجةٍ أُخرى؛ لما بَيّنا.

وكذلك كلُّ فعلٍ لا يثبتُ حكمُه في غيرِ الملك: كالعِتْق والتَّدبير والكتابة والبَيْع والإجارة والهِبةِ مع القَبْض والرَّهْن، والعَرْض على البيع من هذا القبيل؛ لأنّ كلَّ ذلك يدلُّ على الرِّضا بالملك.

والثَّالثُ: سقوطُ الخيار بطريق الضَّرورة: كُمضي مُدّة الخِيار وموت مَن له الخِيار، وإنّ كان الخيارُ لهما فماتا تمّ العَقْد، وإن مات أحدُهما، فالآخر على خيارِه.

ولو أُغمي عليه أو جُنّ أو نام أو سَكِر بحيث لا يعلم حتى مَضَتَ المدّة، الصَّحيحُ(١) أنّه يُسقط الخِيار.

ولو داوى العبد أو عالج الدَّابة أو عَمَّر في السَّاحة أو رَمّ شَعثَ الدَّار أو لَقَّح النَّخيل أو حَلَبَ البَقَرة بطَلَ؛ لأنّ هذه التَّصرُّفات من خصائص الملك.

فصل [في خيار الرؤية]

(ومَن اشترى ما لم يَرَه جاز، وله خِيار الرُّؤية)، معناه: إن شاء أَخذه وإن شاء رَدَّه، وكذا إن كان الثَّمَنُ عَيْناً ولم يَرَه البائعُ.

والأَصلُ فيه: قولُه ﷺ: «مَن اشترى ما لم يَرَه، فله الخِيارُ إذا رآه»(٢)؛ ولأنّه أحدُ العِوَضين، فلا تُشترطُ رؤيتُه للانعقاد كالثَّمن، ولأنّه لا يُفضي إلى المُنازعة؛ لأنّه إذا لم يرضَ به عند الرُّؤية يردُّه لعَدَم اللزوم.

---

(١) أقره في مجمع الأنهر٢: ٢٩، ومشى عليه في المحيط٦: ٤٩١.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: قوله ﷺ: «مَن اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٦٨، وسنن الدارقطني ٣: ٤، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٢٦٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٩، وغيرها، وينظر: إعلاء السنن ١٤: ٦١-٦٥، وغيره.

وإذا جاز العَقدُ ثَبَتَ له الخِيار بالحديث، وإنّما يثبتُ الخِيار عند الرُّؤية حتى لو أَجاز البَيع قبلها لا يَلْزَم.

ولا يسقط خيارُه بصَريحِ الإسقاط قَبْلَها؛ لأنّه خِيارٌ ثَبَتَ شَرعاً فلا يسقط بإسقاطِهم[1]، بخلاف خِياري الشَّرْط والعَيْب؛ لأنّهما ثبتا بقصدِهما وشَرْطِهما.

ويملكُ فسخه قَبْل الرُّؤية؛ لأنَّ الخِيارَ له.

ولا يَمْنعُ ثبوتَ الملك في البَدَلين، لكن يَمْنعُ اللُّزوم[2]، حتى لو باعه مُطلقاً أو بشرطِ الخِيار للمُشتري أو أعتقه أو دبَّرَه أو كاتبَه أو رهنه أو وهبه وسَلَّم قَبْل الرُّؤية لزم البَيع.

---

(١) وإنَّما يثبت شرعاً لحكمه فيه فكان ثابتاً حقاً لله ﷻ، وما ثبت حقاً لله ﷻ فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً; لأنَّه لا يملك التصرّف في حق غيره مقصوداً، لكنَّه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرّف في حق نفسه مقصوداً، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، كما في شرح الوقاية ص٥١٢.

(٢) معناه أن حكم المبيع الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع، وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال; لأنَّ ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط، وكان ينبغي أن يلزم إلا أنَّه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً، بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأنَّ الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حقّ الحكم، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٩٢.

ولو شُرِط الخِيار للبائع أو عَرَضه على البَيْع لا يلزم قبل الرُّؤية ويلزم بعدها؛ لأنّه لم يتعلَّق به حَقُّ الغير لكن رَضي، والرِّضى قبل الرُّؤية لا يُسْقِطُ الخِيار.

قال: (**ومَن باع ما لم يَرَه فلا خِيار له**)، وذَكَرَ الطَّحاويُّ: أنّ أبا حنيفة ﵁ كان يقول أوّلاً له الخِيار؛ لأنّ اللُّزومَ بالرِّضى، والرِّضى بالعِلْم بأَوْصافِ البَيْع، والعِلْمُ بالرُّؤية، ثمّ رَجَعَ وقال: لا خِيار له؛ لأنّ النَّصَّ أثبته للمُشْتري خوفاً من تغيُّر المَبيع عَمَّا يظنُّه ودَفْعاً للغُبْن عنه، فلو ثَبَتَ للبائع لثبت خَوْفاً من الزِّيادة على ما يظنُّه من الأَوْصاف، وذلك لا يُوجب الخِيارَ.

ألا ترى أنّه لو باع عبداً على أنّه مَريضٌ، فإذا هو صَحيحٌ لزمه، ولا خِيار له؟ وقد رُوِي أنّ عثمان بن عَفَّان ﵁: «باع أرضاً بالكوفة من طلحة بن عُبيد الله ﵁، فقيل لعثمان: غُبنت؟ قال: لي الخِيار فإنّي بعتُ ما لم أَرَه، وقيل لطلحة: غُبِنت؟ فقال: لي الخِيار؛ لأنّي اشتريتُ ما لم أره، فاحتكما إلى جُبير بن مُطْعم، فحَكَمَ بالخيار لطلحة﵁»[1]، وذلك بمحضر من الصَّحابة، فحكم

---

(١) فعن علقمة بن وقاص الليثي، قال: «اشترى طلحة بن عبيد الله ﵁ من عثمان بن عفان ﵁ مالاً، فقيل لعثمان: غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، وقيل: لطلحة مثل ذلك، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة ﵁» في شرح معاني الآثار ٤: ٩، وقال الطحاوي: «والآثار في ذلك قد جاءت متواترة وإن كان أكثرها منقطعاً فإنَّه منقطع لم يضاده متصل». وينظر: نصب الراية ٤: ٤٤٣، وغيره.

جُبير رضي الله عنه ورجوعُهما إلى حكمِه، وعدمُ وجودِ النَّكير من أحدٍ من الصَّحابة رضي الله عنهم دلَّ على أنّه إجماعٌ منهم.

قال: (**ويَسقطُ برؤيةِ ما يُوجب العِلْم بالمقصودِ كوجهِ الآدميِّ ووجهِ الدَّابّة وكفلِها، ورؤيةِ الثَّوبِ مَطْوياً ونحوه**)؛ لأنّ رؤيةَ الجميعِ غيرُ شرط؛ لأنّه قد يَتَعَذَّرُ، فاكتفى برؤيةِ ما هو المقصود.

والوجهُ في الآدميِّ هو المقصود، ألا تَرى أنّ الثَّمنَ يَزْدادُ ويَنقصُ بالوَجْه.

وكذلك الوَجْه والكَفَل في الدَّابّة.

وأمّا الثَّوبُ فالمرادُ الثِّياب التي لا يُخالف باطنُها الظَّاهر، أمّا إذا اختلفا فلا بُدّ من رؤيةِ الباطِن، وكذلك لا بُدّ من رؤيةِ العَلَم؛ لأنّه مقصودٌ.

وفي الدَّارِ لا بُدّ من رؤيةِ الأَبنية، فإن لم يُمكن يَكتفي برُؤيةِ الظّاهر.

ولا بُدّ في شاةِ اللَّحمِ من الجَسِّ وشاةِ الدُّرِّ والنَّسل من النَّظر إلى الضِّرع مع جميع جسدِها، واعتبر بهذا جميع المَبيعات.

قال: (**فإن تَصرَّفَ فيه تَصَرُّفاً لازماً أو تَعَيَّب في يدِه، أو تَعَذَّر رَدُّ بعضِه، أو مات بَطَلَ الخِيار**)، وقد بَيّنّاه، ولأنّه إذا تَعَذَّر رَدُّ البَعض، فردُّ الباقي إضراراً بالبائع.

وكذلك ردُّ المَعيب.

وأمّا الموتُ فلما ذكرنا أنّه دَخَلَ في ملكِه وبَقِي له خِيارُ الرُّؤية، وخِيار الرُّؤية لا يُورث.

قال: (**ولو رأى بعضَه، فله الخِيارُ إذا رأى باقيَه**)؛ لأنّه لو لزمه يكون إلزاماً للبَيع فيما لم يَرَه وأنّه خلافُ النَّصّ، كذلك الإجازةُ في البَعْضِ لا تكون إجازةً في الكلِّ؛ لما مَرّ.

ولا تصحُّ الإجازةُ في البَعْض ورَدُّ الباقي؛ لما بيّنّا.

قال: (**وما يُعْرَضُ بالأُنموذَج رُؤيةُ بعضِه كرُؤية كلِّه**)، والأَصلُ أنّ المَبيع إذا كان أشياء إن كان من العَدَديات المُتَفاوتةِ كالثِّياب والدَّواب والبَطِّيخ والسَّفَرْجَل والرُّمان ونحوه لا يَسْقط الخِيار إلا برؤية الكلّ؛ لأنّها تتفاوت.

وإن كان مَكيلاً أو مَوزوناً، وهو الذي يُعْرَفُ بالأُنموذج أو مَعْدوداً مُتقارباً كالجَوْز والبَيْض فرُؤيةُ بعضِه تُبطِلُ الخِيارَ في كلِّه؛ لأنّ المَقْصودَ مَعرفةُ الصِّفة، وقد حَصَلَت، وعليه التَّعارف.

إلاّ أن يجدَه أردأ من الأُنموذج، فيكون له الخِيار، وإن كان المَبيعُ مُغيَّباً تحت الأَرض كالجَزَر والسَّلْجَم[1] والبَصل والثَّوم والفُجْل بعد النَّبات إن عَلِم وجودَه تحت الأرض جاز، وإلا فلا، فإذا باعه ثمّ قَلَعَ منه أُنموذجاً

(١) السَّلْجَم وزان جعفر معروف، وهو الذي تُسميه النَّاس اللِّفت، قال ابن السكيت والأزهري: ولا يقال بالشين المعجمة، كما في المصباح ١: ٢٨٤.

ورَضِي به، فإن كان ممَّا يُباع كَيلاً كالبَصَل، أو وَزْناً كالثُّوم والجَزَر بَطَلَ خِيارُه عندهما، وعليه الفَتْوىٰ للحاجة، وجَرَيان التَّعامل به.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يَبْطُل.

وإن كان ممَّا يُباع عَدَداً كالفُجْل ونحوه، فرُؤية بعضِه لا يُسقط خِيارَه؛ لما تقدَّم.

ولو اختلفا في الرُّؤية، فالقولُ للمُشتري؛ لأنّه مُنكرٌ.

وكذلك لو اختلفا في المردودِ، فقال البائعُ: ليس هذا المَبيع.

وكذلك في خِيار الشَّرط وفي الرَّدِّ بالعَيْب القولُ قولُ البائع.

[فصل في بيع الفضولي]

قال: (**ومَن باع ملك غيره، فالمالكُ إن شاء رَدَّه وإن شاء أَجاز إذا كان المبيعُ والمتبايعان بحالهم**).

اعلم أنّ تَصَرُّفات الفُضوليّ[١] مُنْعقدةٌ مَوْقُوفةٌ علىٰ إجازةِ المالكِ؛ لصُدُورها من الأَهل، وهو الحرُّ العاقلُ البالغُ، مضافةً إلىٰ المحلّ؛ لأنّ الكلامَ فيه، ولا ضرر فيه علىٰ المالك؛ لأنّه غيرُ مُلْزِمٍ له، وتحتملُ المَنْفعةَ، فينعقد

(١) الفضولي: مَن يتصرّف في حق غيره بغير إذن شرعي، فخرج به الوكيل والوصي، فهو شخص أجنبي قام ببيع ملك غيره، فإنَّ بيعه منعقد، ولكن لمالك المبيع فسخ البيع أو إجازته، كما في فتح باب العناية ص٥٥٢.

تصحيحاً؛ لتصرُّف العاقد العاقل وتحصيلا للمنفعة المحتملة، ولما رُوِي أنّه ﷺ: «دَفَعَ ديناراً إلى حكيم بن حزام؛ ليشتري به أُضحية، فاشترى شاةً، ثم باعها بدينارين، واشترى بأحد الدِّينارين شاةً، وجاء إلى النَّبيِّ ﷺ بالشَّاة والدِّينار»[1]، فأجاز صنيعه ولم يُنكر عليه، ودعا له بالبَرَكة، وكان فُضولياً؛ لأنّه باع الشَّاةَ، واشترى الأُخرى بغير أمره.

وكلُّ عقدٍ له مُجيزٌ حال وقوعِه يتوقَّف على إجازتِهِ، وما لا فلا[2]، حتى إن طلاقَ الفُضوليِّ وعتاقَه ونكاحَه وهبتَه لا ينعقد في حقِّ الصَّبيِّ والمَجْنون.

---

(١) فعن عن حكيم بن حزام رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ بعثه ليشتري له أضحيةً بدينار فاشترى أضحية، فربح بها ديناراً، ثم اشترى مكانه أُخرى فجاء بالأُضحية والدِّينار إلى رسول الله ﷺ فضحى بالشَّاة وتصدَّق بالدينار» في معجم الطبراني الكبير٣: ٢٠٥، وسنن الترمذي٣: ٨٥٥.
وعن عروة البارقي رضي الله عنه قال: «دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاةً فاشتريتُ له شاتين، فبعثَ إحداهما بدينار وجئت بالشَّاة الأُخرى والدِّينار إلى النَّبيّ ﷺ، فذكر له ما كان من أمره فقال له: بارك الله لك في صفقتك» في صحيح البُخاري ٣: ١٣٣٢.
(٢) أي كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والإجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي، ويتوقف نفاذُه على إجازة المالك، فإن أجازه ثبت مستنداً إلى وقت العقد، وإلا يبطل التصرف، كما في الشلبي٥: ٥١٠، وطريقة الخلاف ص٣٢٨.
وبيانه: صبي باع مثلاً ثمّ بَلَغَ قَبْلَ إجازة وليه فأجازه بنفسِهِ جاز؛ لأنّ له ولياً يُجيزه حالة العقد، بخلاف ما لو طَلَّقَ مثلاً، ثمّ بَلَغَ فأجازه بنفسه لم يجز؛ لأنّه وقت العقد لا مجيز له، فيبطل ما لم يقل: أوقعته، فيصحُّ إنشاءً لا إجازة، كما بسطه العمادي، كما في الدر المختار٥: ١٠٧.

وينعقدُ في حَقِّ العاقلِ البالغ؛ لأنّ عند الإجازة يصير الفُضوليّ كالوكيل حتى تَرجع الحُقوق إليه، فإنّ الإجازةَ اللاحقة كالوكالة السَّابقة، والصَّبيُّ والمجنونُ ليسا من أهل الوَكالة ولا المباشرة.

وللفُضوليِّ الفَسْخُ قبل الإجازة؛ لئلا ترجع الحقوقُ إليه، وليس له ذلك في النِّكاح؛ لأنّ الحقوقَ لا ترجع فيه إليه لما عُرِف أنّه سَفيرٌ فيه.

ولا بُدّ من وجودِ المَبيع والمتبايعين عند الإجازة؛ إذ لا بَقاء للعقد بدونهم.

والإجازة: إنفاذُ العقدِ الموقوف، ولو كان العقدُ مقايضةً يُشترط بقاء العوضين والمتعاقدين؛ لما بيَّنّا.

فصل [في خيار العيب[1]]

وكذلك لو اشترى الفضولي لنفسه يقع باطلاً، أو باع من نفسه لا ينعقد؛ لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد، كما في رد المحتار ٥: ١٠٨.

(١) خيار العيب: وهو ما بيع مطلقاً إذا بيع وفيه عيب قديم يكون فيه الخيار.
والعيب: وهو ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً.
والتعويل في تحديد العيب الموجب للخيار على عرف التجار، فما نقّص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار وما لا ينقص الثمن، فلا يعتبر عيباً يوجب الخيار.
واليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين: كما إذا قَوَّم المبيع سليماً بألف، ومع العيب بأقل، وقومه آخر مع العيب بألف أيضاً.
والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين: كما إذا قوم سليماً بألف، ومع العيب بأقل

(مطلقُ البَيْع يقتضي سَلامة المبيع)[١]؛ لأنّ الأصلَ هو السَّلامة[٢]، وهو وصفٌ مطلوبٌ مرغوبٌ عادةً، والمطلوبُ عُرْفاً كالمَشْروط نصّاً.

باتفاق المقومين، كما في الوقاية ص٥١٤، وتبيين الحقائق ٤: ٣١، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧٤، ومنتهى النتقاية ص٥١٤.

(١) ويدل على مشروعية خيار العيب أحاديث كثيرة، ومنها: عن أبي هريرة ﵁ قال ﷺ: «مَن اشترى شاة محفلة فردها، فليرد معها صاعاً من تمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٥، وفي لفظ: «لا تصروا الغنم، ومَن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٥، والصاع من التمر كأنَّه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة.

وعن عائشة رضي الله عنها: «إنَّ رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ، وبه عيبٌ لم يعلم به، فاستغله ثم علم العيب، فردّه فخاصمه إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إنَّه استغله منذ زمان، فقال رسول الله ﷺ: الغلة بالضمان» في المستدرك٢: ١٨، وقال صحيح الإسناد، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٢١، وشرح معاني الآثار ٤: ٢١.

وعن واثلة بن الأسقع ﵁ قال ﷺ: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بيَّن ما فيه، ولا يحل لَمن علم ذلك إلا بيّنه» في المستدرك٢: ١٢، وقال: صحيح الإسناد.

وعن أبي هريرة ﵁: «إنَّ رسولَ الله ﷺ مَرَّ على صبرةٍ من طعامٍ فأدخل يده فيها، فنالت أَصابعه بللاً، قال: ما هذا يا صاحب الطعام، قال: أصابته السماء يا رسول الله ﷺ، قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى تراه الناس، من غشنا فليس منا» في صحيح مسلم ١: ٩٩.

(٢) معناه أنَّ السَّلامةَ من مقتضيات العقد؛ لأنَّه عقد معاوضة، والمعاوضاتُ مبناها على المساواة عادةً وحقيقةً، وتحقيق المساواة في مقابلةِ البَدَل بالمبدل، والسَّلامةُ

قال: (**وكلُّ ما أَوْجَب نُقصان الثَّمن في عادةِ التُّجَّارِ فهو عَيْبٌ**)؛ لأنّ الضَّرَرَ بنقصان الماليّة وهم يعرفون ذلك، وهذا يُغني عن ذكر العُيوب وتعدادِها، وإذا عَلِمَ المشتري بالعَيْب عند الشِّراء أو عند القَبْض وسَكَت فقد رَضِي به.

قال: (**وإذا اطَّلَع المشتري على عيبٍ، فإن شاء أخذ المَبيع بجميع الثَّمن وإن شاء رَدَّه**)؛ لأنّه لم يَرْضَ به، وليس له أَخذه وأَخْذُ النُّقصان إلا برضى البائع؛ لأنّ الأوصافَ لا يُقابُلها شيءٌ من الثَّمَنِ بالعَقْدِ.

وكذلك لو كان المَبيعُ مَكيلاً أو مَوْزوناً، فوجد ببعضِهِ عَيْباً ليس له أن يُمْسِكَ الجيدَ ويردَّ المَعيب، والأَصلُ في هذا أنّ الْمُشْتري لا يَمْلك تفريقَ الصَّفقةِ على البائع قبل التَّمام[1]؛ لما بيّنّا، ويَمْلِكُ بعده.

بالسَّلامة، فكان إطلاقُ العقد مقتضياً للسَّلامة، فإذا لم يَسلم المبيع للمشتري، يثبت له الخيار؛ لأنَّ المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٧٤.

(١) مثاله: إذا اشترى شيئين ووجد بأحدهما عيباً، وكان ذلك قبل أن يقبضها أو قبض أحدهما، فأراد أن يرد المعيب خاصّة ليس له ذلك، لما فيه من تفريق الصَّفقة على البائع قبل التمام.

ولو قبضهما رَدّ المعيب خاصّة؛ لأنّ خيار العيب لا يمنع تمام الصَّفقة لهذا القبض، فردُّ المعيب خاصّة لا يُؤدي إلى تفريق الصَّفقة على البائع من قبل التمام، وليس له أن يردها إلا برضا البائع، وهذا الجواب يستقيم في شيئين، فيستغني كلُّ واحدٍ في الانتفاع به عن

وخيارُ الشَّرطِ والرُّؤيةِ وعدمُ القبض يَمنع تمام الصَّفقة، وبالقَبْض تتمّ الصَّفقة، والمرادُ قبض الجميع حتى لو قَبَضَ أحدُهما ثمّ وُجِد بأحدِهما عيباً، إمّا أن يردَّهما أو يمسكَهما.

والمَكيلُ والمَوزونُ كالشَّيء الواحد، ولا يملكُ رَدّ البَعْض دون البَعْض لا قبل القبضِ ولا بعده؛ لأنّ تمييزَ المَعيبِ زيادةٌ في العُيْب[1]، فكأنّه عيبٌ حادثٌ، حتى قيل: لو كان في وعاءين له رَدّ المَعيبِ منهما بعد القَبْض؛ لأنّه لا ضرر.

وكذا لو اشترى زوجي خُف أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيباً قبل القبض أو بعده يردّهما أو يمسكهما، وكذا كلُّ ما في تفريقِهِ ضرر، وما لا ضرر في تفريقِهِ كالعبدين والثوبين إذا وجد بأحدِهما عيباً إن كان قبل القبض ليس له رَدّ أحدهما؛ لأنه تفريقُ الصفقةِ قبل تمامها، وإن كان بعد القبضِ يجوز؛ لأنه لا ضرر في تفريقها؛ لأنّ الصَّفقةَ قد تمَّت بالقبض، فجاز رَدّ

الآخر، فأمّا إذا كانا شيئين لا يستغني أحدهما في الإنتفاع به عن الآخر: كزوجي الخُفّ ومصراعي الباب، وما أشبهه إذا قبضهما، ثم وَجَدَ بأحدهما عيباً ليس له أن يَرُدَّ المعيب خاصَّة؛ لما فيه من الإضرار بالبائع، فأمّا أن يردّهما أو يمسكهما، كما في المحيط٦: ٥٦٠.

(١) لأنّ المكيلَ والموزونَ جُعِل كشيءٍ واحدٍ من حيث الحكم في حقِّ البيع؛ لأنّ الماليةَ والتَّقوُّمَ للمكيل والموزون يثبت بالاجتماع، فصار الكلُّ في حقِّ البيع كشيءٍ واحدٍ حكماً، ولو كان شيئاً واحداً حقيقية، بأن كان ثوباً وُجِد ببعضه عيباً، فأراد أن يَردّ المعيب خاصّة، ليس له ذلك، كذلك ههنا، كما في المحيط٦: ٥٨٠.

البعض، كما لو اشترى من اثنين، واستحقاقُ البعض على هذا التَّفصيل ما يضرّه التَّبعيض، فهو عيب، وما لا فلا.

قال: (**والإباق والسَّرقة والبَول في الفِراش ليس بعيبٍ في الصَّغير الذي لا يَعْقلُ**)؛ لأنّه لا يقدرُ على الامتناع من هذه الأَشْياء، وهو ضال لا آبق، (**وعيبٌ في الذي يَعْقلُ**)؛ لأنّه تَعُدُّه التُّجار عَيْباً، (**ويُرَدُّ به إلا أن يوجد عند المشتري بعد البَلوغ**).

اعلم أنّ جَوازَ الرَّدَّ إنّما يَثْبُتُ عند اتّحاد الحال، بأن فَعَلَ هذه الأَشياء عند البائع والمُشتري حالةَ الصِّغر أو حالةَ الكِبَر.

أمّا إذا فعلَه عند البائع حالة الصِّغر، وعند المشتري حالة الكِبَر، فليس له الرّدّ؛ لأنّ شرطَ ثبوت الرَّدِّ اتحادَ سبب العَيْب، وأنّه يختلف بالصِّغر والكِبَر؛ لأنّ الإباقَ والسَّرقةَ من الصَّغير لقلّة مبالاته وقصور عَقْله، ومن الكبيرِ لخُبْثِ طبيعته، والبَوْلُ في الفِراش من الصَّغير لضعفِ المثانة، ومن الكبيرِ لداءٍ في بَطْنِه، فقد اختلف السَّببان، فكان العَيْبُ الثَّاني غيرَ الأوَّل فلا يجب الرَّدُّ، بخلاف الجنون حيث له الرَّدّ لو جُنّ عند البائع في الصِّغر وعند المشتري بعد البُلُوغ؛ لأنّ السَّبب متحدٌ، وهو آفةٌ تَحِلُّ الدِّماغ في الحالتين.

قال: (**وانقطاعُ الحَيْض عَيْبٌ**)؛ لأنّه من داءٍ، ومعناه إذا كانت ممَّن يحيض مثلُها، وإنّما يُعرَفُ ذلك بمُضي المدّةِ، وأدناه شهران.

وقيل: لا يردُّها إلا إذا ادَّعت ارتفاعه بالحَبَل.

ولو اشترى جاريةً على أنّها تحيضُ، وهي لا تحيضُ للإياس فهو عَيْبٌ؛ لأنّه اشتراها للحَبَل، والآيسةُ لا تَحْبَلُ.

قال: (**والاستحاضةُ عَيْبٌ**)؛ لأنّ استمرارَ الدَّم مرضٌ، وعدمُ الخِتانِ عَيْبٌ في الجاريةِ والغُلامِ إذا كانا كبيرين مولَّدين، أمّا إذا كانا صَغيرين أو جَلَبَيْن[1] فليس بعيبٍ.

قال: (**والبَخَرُ[2] والدَّفَر[3] والزِّنا عيبٌ في الجاريةِ دون الغُلام**)؛ لأنّ ذلك يُخِلُّ بالمقصودِ منها وهو الاستفراشُ والوثوقُ بكون الولدِ منه، والمرادُ من الغُلام الاستخدام، ولا يُخِلُّ ذلك به، إلا أن يكون من داءٍ، فهو عَيْبٌ فيه أيضاً.

وكذا إذا كان كثيرَ الزِّنا يتبع الزَّواني؛ لأنّه يشتغلُ به عن الخِدْمة.

قال: (**والشَّيبُ والكُفرُ والجنونُ عيبٌ فيهما**)، أمَّا الشَّيبُ والجنون؛ فلأنّهما ينقصان الماليّة، والكافرُ تَنْفُرُ الطِّباع من استخدامِه، ويقلُّ الوثوقُ به لعداوةِ الدِّين، ولذا لا يجوز عتقُه في بعضِ الكفَّارات، وكلُّ ذلك عَيْبٌ.

---

(١) أي في الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً، قال في ((الخانية)): وهذا عندهم يعفى عدم الختان في الجارية المولدة أمّا عندنا عدم الخفض في الجارية لا يكون عيباً، ((بحر))، كما في ((رد المحتار)).

(٢) البَخَرُ: بفتحتين: نَتْنُ الفَمِ، وبابه طرب، فهو أَبْخَرُ، كما في مختار الصحاح ص٤٢.

(٣) الدَّفَرُ: مصدر دَفَر إذا خبثت رائحته، وبالسكون النتن اسم منه، كما في المغرب ص١٦٤.

والنِّكاحُ والدَّين عيبٌ فيهما؛ لأنّه نقصٌ فيهما.

والحَبَلُ عَيْبٌ في الجاريةِ دون البَهائم بالعُرف.

قال: (**وإن وَجَدَ المشتري عيباً وحَدَثَ عنده عيبٌ آخر رَجَعَ بنقصان العَيْب، ولا يَرُدُّه إلا برضا البائع**)؛ لأنّ من شَرْطِ الرَّدِّ أن يردَّه كما قبضَه دَفْعاً للضَّرر عن البائع، فإذا تَعَذَّرَ ذلك بأن عَجَزَ عن استيفاءِ حقِّه في الجزءِ الفائتِ، وعن الوصول إلى رأسِ مالِهِ يَثْبُتُ له حَقُّ الرُّجوعِ ببدلِ الفائت دفعاً للضَّرر عنه.

ونقصانُ العَيْب أن يُقَوَّمَ صَحيحاً ويُقَوَّمَ مَعيباً، فما نقص فهو حصّةُ العَيْب، فيرجع بها من الثَّمن.

قال: (**وإن صَبَغَ الثَّوبَ أو خاطَه أو لتَّ السَّويق بسَمْن ثمّ اطَّلع على عَيْب رَجَعَ بنقصانِه**)؛ لأنَّ الرَّدَّ قد تعذّر؛ لأنّه لا يُمكن الفَسْخُ بدون الزِّيادة، وهي لم تكن في العقد، فيرجع بالنُّقصان، وليس للبائع أخذُه لما فيه من الضَّرر بالمشتري.

والزِّيادةُ المُنْفَصلةُ الحادثةُ قبل القبض لا تمنعُ الرّدّ بالعَيْبِ وبعده تَمْنَعُ، وذلك مثل الوَلَد والعُقْر والأَرش والثَّمرة؛ لأنّها مبيعةٌ مُلكت بالبَيْع، وهي غيرُ مقصودةٍ ليقابلها الثَّمن؛ لأنّ الأصلَ بجميع الثَّمن، فلا يُمكن رَدُّها، فتبقى سالمةً للمُشتري بغير عِوَض وأنّه ربا، ولهذا لا يَمْلك ردَّها برضا البائع، ولو مات الوَلَد يَردُّ الأُمّ، ولو استهلكه هو أو غيره لا تردّ.

والكَسْبُ والغَلّةُ لا يَمْنَعُ وتَسْلَمُ للمُشْتري؛ لأنّها بدُل المَنْفعة، وسلامتُها لا تمنع الرَّدَّ بجميعِ الثَّمن، فكذا سَلامةُ بَدَلها.

قال: (**وإن مات العَبدُ أو أَعتقه رَجَعَ بنقصانِ العَيْب**)، وكذلك التَّدبير والاستيلاد.

أمّا الموت؛ فلأنّه إنهاءٌ للملك والامتناع من جهة الشَّرْع.

وأمّا العتقُ فهو إنهاءٌ أيضاً؛ لأنّ الملكَ إنّما يثبتُ في الآدميِّ مُؤقَّتاً إلى وقت العتق، والمنتهي متقرِّرٌ، فصار كالموت، فقد تَعَذَّرَ الرَّدَّ، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يرجع في العتق؛ لأنّ الامتناعَ من جهتِه كالقَتْل.

ولو أَعْتقه على مال أو كاتبه لا يَرْجع؛ لأنّ حَبَسَ البَدَل كحَبْس المبدل.

قال: (**فإن قتلَه أو أَكل الطَّعام لم يَرْجع**).

أمّا القَتْلُ؛ فلأنّه وَصَلَ إليه عوضُه معنى، وهو سقوطُ الضَّمان عنه.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنّه يرجع؛ لأنّ قَتْلَ المولى عبده لا يَتَعَلَّقُ به ضَمان.

وأمّا الأكلُ؛ فلأنّه تَعَذَّرَ الرَّدُّ بفعل مضمونٍ منه، فصار كالقَتْل.

قالا: يرجع استحساناً؛ لأنّه عَمِل بالمبيعِ ما هو المقصودُ منه بالشِّراء والمعتادِ فيه، فصار كالإعتاق.

قُلْنا: لا اعتبار بكون الفِعْل مَقْصوداً، فإنَّ المبيعَ مقصودٌ بالشِّراء، ومع ذلك يمنعُ الرُّجوع، وعلى هذا الخلاف: إذا لَبِس الثَّوبَ حتى تَخَرَّق.

ولو أكل بعضَ الطَّعام، فكذا الجَواب عنده، وعندهما: أنه يرجع بنقصان العَيْب في الجميع، وعنهما: يَرُدُّ ما بَقِي، ويرجع بنقصان ما أَكَل؛ لأنّه لا يضرُّه التَّبعيض، وعليه الفتوى[1].

وفي كلِّ موضعٍ كان للبائع أخذه كالعَيْب الحادث ونحوه، فباعه المشتري أو أعتقه لم يرجع بالنُّقصان، وفي كلِّ موضع ليس له أخذه بسبب الزِّيادة فباعه أو أعتقه المشتري رجع بالنقصان.

ومَن اشترى بِطِّيخاً أو خِياراً أو بَيْضاً أو نحوَه، فكسره فوجدَه فاسداً، فإن كان بحال لا يُنتفع به رَجَعَ بكلِّ الثَّمن؛ لأنّه ليس بمال، وإن كان يَنْتَفِعُ به مع الفَساد رَجَعَ بالنُّقصان؛ لأنّه تَعَذَّر الرَّدُّ؛ لأنّ الكسرَ عَيْبٌ حادثٌ، فيرجع بالنُّقصان؛ لما بَيَّنّا.

قال: (**ومَن شَرَطَ البراءةَ من كلِّ عيبٍ، فليس له الرَّدُّ أَصلاً**)[2]؛ لأنّه إسقاطٌ، والإسقاطُ لا يفضي إلى المُنازعة، فيجوز مع الجَهالة ، ولو حَدَثَ

---

(١) ونص أن التفوى عليه في الخلاصة والنهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى، كما في الدر المختار ورد المحتار ٤: ٨٣.

(٢) لأنَّ البراءة عن الحقوق المجهولة صحيحة؛ لعدم إفضائها إلى المنازعة، كما في اللباب ص٢٤٩، ودليل ذلك: عن أم سلمة رضي الله عنها، قالت: «أتى رجلان النبي ﷺ يبتذران في مواريث بينهما ليس لهما بينة، فأمرهما النبي ﷺ أن يقتسما ويتوخيا ثم يستهما وليحلل كل واحد منهما صاحبه» في المستدرك ٤: ١٠٧، وصححه، ومسند أحمد ٦: ٣٢٠، قال الكاساني في بدائع الصنائع ٥: ١٧٣: «فيه دليل على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة».

عيبٌ بعد البَيع قبل القَبْض دخل في البراءة عند أبي يوسف خلافاً لمحمّدٍ وزُفرٍ ﵄؛ لأنّه لم يوجد وقتَ الإبراء، فلا يَتَناوله.

ولأبي يوسف ﵁: أنّ المقصودَ سقوطُ حَقِّ الفَسْخ بالعَيْب، وذلك بالبَراءةُ عن الموجودِ والحادث.

ولو أبرأه من كلِّ غائلة، قال أبو يوسف ﵁: هي السَّرقةُ والإباقُ والْفجورُ دون المرض؛ لأنّ الغائلةَ تختصُّ بالفِعْل.

وإن أبرأه من كلِّ داءٍ، قال أبو حنيفة ﵁: الدَّاءُ ما في الجَوْفِ من طِحالٍ أو كَبدٍ أو فَساد حَيضٍ، وما سوى ذلك يُسمَّى مَرَضاً، وقال أبو يوسف ﵁: هو المرض.

ولو قال برئت إليك من كلِّ عيبٍ بعينِهِ، فإذا هو أَعور، أو من كلِّ عَيْب بيدِه، فإذا هو أَقطع لا يبرأ؛ لأنّه ليس بعيبٍ بالمَحَلِّ، بل هو عدمُ المَحَلّ.

وعن ابن عمر ﵄: «باع غلاماً له بثمانمئة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لابن عمر ﵄: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان ﵁، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان ﵁ على ابن عمر ﵄ أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم» في الموطأ ٢: ٦٢٣، ومصنف عبد الرزاق ٨: ١٦٢-١٦٣، وغيرهما، وصححه التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ١١٥.

(وإذا باعه المُشتري ثمّ رَدّ عليه بعيبٍ إن قَبِلَه بقضاءٍ رَدّه على بائعِه)؛ لأنّه فَسْخٌ من الأصل، فجُعِل كأن لم يكن، وهو وإن أَنْكَر فقد صار مُكَذَّباً شَرْعاً، **(وإن قَبِلَه بغير قضاءٍ لم يردّه)**؛ لأنّه بيعٌ جديدٌ في حَقِّ ثالثٍ لوجودِ حدِّه، وهو التَّمليك والتَّملُّك.

وإن رَدَّ عليه بعيبٍ لا يحدثُ مثلُه رَدَّه عليه أيضاً؛ لأنّ الرَّدّ مُتَعيِّنٌ فيه، فيستوي فيه القضاء وعدمه.

قال: **(ويَسْقُطُ الرَّدُّ بما يَسْقطُ به خِيار الشَّرط)**، وقد ذُكِرَت فيه، وذُكِر البعضُ هنا أيضاً.

فصلٌ في التَّلْجِئة

وهي في اللُّغةِ: ما أُلجئ إليه الإنسانُ بغير اختيارِه، ولما كان هذا العقدُ إنّما يُعْقَدُ عند الضَّرورة، سَمَّوه تَلْجئة؛ لما فيه من معنى الإكراه[1]، وفيه ثلاثُ مَسائل:

---

(١) بعد أن ذكر الكاساني في البدائع ٥: ١٧٦ صوره قال: «وهو تفسير الهزل»، وفي «الخانية»: «بيع التلجئة هزل»، كما رد المحتار٥: ٢٧٥، ويفصل أحكام الهزل في كتب الأصول على النحو الآتي:
الهزل: وهو أن يرادَ بالشَّيءِ غيرُ ما وُضع له ولا مناسبة بينهما؛ بأن يذكر اللفظ قصداً ولا يراد به معناه الحقيقي ولا المجازي.
والهازل لا يختار الحكم ولا يرضى به، ولكنَّه يرضى بمباشرة السَّبب، إذ التَّلفُّظ إنَّما هو

إحداهما: أن تكون التَّلْجِئَةُ في نفس المَبيع، مثل: أن يخاف على سلعتِهِ ظالماً أو سُلْطاناً، فيقول: أنا أُظهر البَيْع وليس ببيع حقيقةً، وإنّما هو تَلْجئةٌ،

عن رضا واختيار صحيح، لكنَّه غيرُ قاصد ولا راض للحكم.

وشرط الهزل المعتبر أن يكون صريحاً مشروطاً باللسان؛ بأن يذكر العاقدان قبل العقد أنَّهما يهزلان في العقد، فلا يثبت ذلك بدلالة الحال فقط.

وإن كان الهزل فيما يحتمل الفسخ: كالبيع والإجارة، فله ثلاثة صور: إما أن يكون في أصل العقد؛ بأن يتفقا في السرّ على أن يظهر البيع بحضور النَّاس، أو في مقدار الثَّمن؛ بأن يتفقا على أصل العقد ويتواضعا أن يذكرا أمام النَّاس الثَّمن ألفين وهو في الحقيقة ألف، أو في جنس الثَّمن؛ بأن يتفقا على أصل العقد ويتواضعا على أن يعقدا بحضور النَّاس على مئةِ دينار، والعقد مئة دولار.

ولا بد في الهزل من ثلاثة مجالس: مجلس للتَّواضع، ومجلس للعقد، ومجلس للتَّوافق على أي المجلسين السَّابقين.

ويكون أربعة حالات لكلّ صورةٍ مما سبق، ففي حالةٍ يتوافقا على إرادةِ مجلس التَّواضع، وفي حالةٍ يتوافقا على إرادة مجلس العقد، وفي حالةٍ يتوافقا على أنَّه لم يتذكرا ما قالاه في مجلس التَّواضع أثناء كلامهم في مجلس العقد، وفي حالة يختلفا يقول أحدهما: أردنا مجلس التَّواضع ويقول الآخر: أردنا مجلس العقد، فيكون اثنا عشرة صورة يعتبر فيها ما تمّ الاتفاق عليه في مجلس العقد، إلا في صورتين وهما: إن اتفقا على البناء على مجلس المواضعة سواء في أصل العقد أو مقدار الثَّمن، فيفسد البيع حينئذ؛ لوجود شرط مفسد، وهو تعلّقه بمجلس آخر، هذا عند أبي حنيفة، وعندهما الثَّمن ألف؛ لأنَّ غرضه من ذكر الألف هزلاً هو المقابلة بالمبيع، فكان ذكره والسُّكوت عنه سواء، وهو رواية عن أبي حنيفة، كما في نور الأنوار ٢: ٢٩٥.

ويُشْهِدُ على ذلك، ثمَّ يبيعُها في الظَّاهر من غير شَرْط، حكى المُعَلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﵁: أنّ العقدَ جائزٌ، وروى مُحمّدُ في «الإملاء»: أنّه باطلٌ، ولم يحكِ خلافاً، وهو قولُ أبي يوسف ومحمّد ﵄.

وجه الأولى: أنّهما عقدا عقداً صحيحاً، وما شَرَطاه لم يذكراه فيه، فلا يؤثر فيه، كما إذا اتفقا أن يشرطا شرطاً فاسداً، ثمّ تبايعا من غير شرط.

ووجه الثَّانية: أنّهما اتفقا على أنّهما لم يَقْصدا العَقْد، فصارا كالهازلين، فلا ينعقد.

الثَّانية: أن تكون في البَّدَل بأن يَتَّفقا على ألفٍ في السِّرِّ، ويتبايعا في الظَّاهرِ بألفين، رَوَى المُعَلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﵁: أنَّ الثَّمَنَ ثمنُ العَلانية، وروى محمد في «الإملاء»: أنّ الثَّمنَ ثمنُ السِّرِّ من غير خلافٍ، وهو قولُهما؛ لأنّهما اتفقا أنّهما لم يَقْصدا الأَلْف الزَّائدة، فكأنّهما هَزِلا بها.

وجه الأوّل: أنّ المذكورَ في العقدِ هو، والذي يصحُّ العقدُ به، وما ذكراه سرّاً لم يذكراه حالةَ العقد، فسقَطَ حكمُه.

الثَّالثةُ: اتفقا أنّ الثَّمنَ ألف درهم وتبايعا على مئةِ دينارٍ، قال مُحمّد ﵁: القياسُ أن يبطل العَقد، والاستحسانُ أن يصحَّ بمئةِ دينار.

وجهُ القياس: أنّ الثمنَ الباطنَ لم يذكراه في العَقْد، والمذكور لم يقصداه، فسقط، فبقي بلا ثَمَن، فلا يصحّ.

وجه الاستحسان: أنّ المقصودَ البيعَ الجائز لا الباطل، ولا جائز إلا بثمن العّلانية، كأنّهما أضربا عن السِّرّ وذكرا الظاهر، وليس هذا كالمسألة الأولى؛ لأنّ المشروطَ سرّاً مذكورٌ في العقدِ وزيادةٌ، وتعلّقَ العقدُ به.

ويَثْبتُ لهما الخيار في بيع التَلْجئة؛ لأنّهما لم يَقْصدا زَوال الملك، فصار كشَرْطِ الخيار لهما، فيتوقَّف على إجازتهما.

ولو ادَّعى أحدُهما التَّلْجئةَ لم يُقبل قولُه إلا ببيِّنة؛ لأنّه يَدَّعي انفساخ العقد بعد انعقاده، ويُسْتَحْلَفُ الآخرُ؛ لأنّه مُنْكرٌ.

باب البيع الفاسد[1]

(**وهو يُفيدُ الملك بالقَبض**) بأَمرِ البائع صَريحاً أو دلالةً، كما إذا قَبَضَه في المَجلس وسَكَتَ[2]، حتى يجوزُ له التَّصرُّفُ فيه، إلا الانتفاع[3]؛ لما رُوِي أنّ

---

(١) وهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة، فيكون صحيحاً بأصله لا بوصفه، كما في البدائع ٥: ٢٩٩.

(٢) فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك، بأن نهاه عن القبض، أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، هذا ما ذكره الكرخي في الرواية المشهورة، وذكر في الزيادات أنَّه يثبت؛ لأنَّه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة، كما في البدائع ٥: ٣٠٥، وأحكام المعاملات ص٤٣٨-٤٣٩.

(٣) معناه أن هذا الملك يُفيد المشتري إطلاق التَّصرُّف في ما ليس فيه انتفاع بعين المملوك: كالبيع، والهبة، والإجارة، وغيرها، وأمّا التَّصرُّف الذي فيه انتفاع بعين

عائشة رضي الله عنها: «لَمَّا أرادت أن تشتري بَريرةَ[١] فأبى مواليها أن يبيعوها إلا بشرطِ أن يكون الوَلاء لهم، فاشترت وشَرَطَت الوَلاء لهم ثمّ أَعْتَقَتْها، وذَكَرَت ذلك لرسول الله ﷺ فأجاز العتق وأبطل الشَّرط»[٢].

فالنبيُّ ﷺ أجاز العِتْقَ مع فَسادِ البَيعِ بالشَّرْط؛ لأنّ رُكنَ التَّمليك، وهو قولُه: بُعْتُ واشتريتُ صدر من أهلِهِ، وهو المكلَّفُ المُخاطبُ مُضافاً إلى محلِّه، وهو المالُ عن ولاية؛ إذ الكلام فيهما، فينعقد لكونه وسيلةً إلى المصالح، والفَساد لمعنى يُجاوره كالبيع وقت النِّداء.

المملوك: كأكل الطعام، وسكنى الدار، فالصحيح أنَّه لا يحل؛ لأنَّ الثابت بهذا البيع ملك خبيثٌ، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنَّه واجب الرَّفع، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٤.

(١) وهي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنها، كانت مولاةً لبعضِ بني هلال، فكاتبوها ثمّ باعوها من عائشة، فاشترتها وأعتقتها، وكان اسمُ زوجها مغيثاً، فخيّرها رسول الله ﷺ بخيارِ العتقِ فاختارت فراقه، عاشت إلى خلافة يزيد. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات٢: ٣٣٢، والتقريب٦٦٢.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها دخل عليَّ رسول الله ﷺ فذكرت له، فقال ﷺ: «اشتري وأعتقي، فإنَّ الولاءَ لِمَن أَعتق، ثمّ قام النَّبيُّ ﷺ من العشي فأَثنى على الله بما هو أهلُه، ثمّ قال: ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، مَن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن اشترط مئة شرط، وشرط الله أَحقّ وأَوثق» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٦.

والنَّهيُ لا يَنْفي الانعقاد بل يُقرِّره؛ لأنّه يَقْتَضي تصوُّرَ المَنْهي عنه، والقُدْرة عليه؛ لأنّ النَّهيَ عَمَّا لا يُتَصَوَّرُ، وعن غيرِ المَقْدورِ قَبيحٌ، إلا أنّه يُفيدُ مِلكاً خَبيثاً لمكان النَّهي.

(و)لهذا كان (**لكلِّ واحدٍ من المتعاقدين فَسْخُهُ**)؛ إزالةً للخُبْثِ ورفعاً للفَساد.

(**ويُشترطُ قيام المَبيع حالة الفَسْخ**)؛ لأنَّ الفَسْخَ بدونه مُحالٌ، (**فإن باعه أو أعتقه أو وهبه بعد القَبْض جاز**)؛ لمصادفةِ هذه التَّصرُّفات ملكَه، ومُنِع الفسخ.

وكذا كلُّ تَصرُّفٍ لا يُفسخُ كالتَّدبيرِ والاستيلاد.

وما يحتملُ الفَسخ يُفسخُ كالإجارة، فإنّها تُفْسخُ بالأَعْذار، وهذا عُذْرٌ.

والرَّهنُ يَمنعُ الفَسْخَ، فإن عاد الرَّهنُ فله الفَسْخُ.

وهذا لأنّ النَّقضَ لرفع حكمِه حَقّاً للشَّرع، وهذه التَّصرُّفات تعلّق بها حَقّ العبد، وأنّه مُقدَّمٌ لما عُرِف.

(**وعليه قيمتُه يوم قبضه إن كان من ذواتِ القِيَم أو مِثْلُه إن كان مِثْلياً**)؛ لأنّه كالغَصْب من حيث إنّه مَنْهيٌ عن قَبْضِه.

ولّما كان هذا العَقد ضَعيفاً لمجاورتِهِ المفسدِ تَوَقَّف إفادة الملك على القبض كالهبة.

قال: (**والباطلُ**[(١)] **لا يفيدُ الملك**)؛ لأنّ الباطلَ هو الخالي عن العِوَض والفائِدة، (**ويكون أمانةً في يدِه**)[(٢)] يَهْلَكُ بغيرِ شَيْءٍ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما: يَهْلَكُ بالقيمة؛ لأنّ البائعَ ما رَضِي بقبضِهِ مَجاناً.

وله: أنّه لَمّا باع بما ليس بمالٍ، وأَمره بقبضِه، فقد رَضِي بقبضِهِ بغيرِ بدل ماليٍّ، فلا يُضَمَنُ كالمودَع.

قال: (**وبيعُ الميتة والدَّم والخَمْر والخِنْزير والحُرِّ وأمِّ الولد**)[(٣)] ....

---

(١) وهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما، فهو الذي لا يكون صحيحاً بأصله ووصفه، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٥.

(٢) هذا قول أبي نصر بن أحمد الطواويسي، ورواية الحسن عن أبي حنيفة، كما ي فتح القدير ٦: ٤٤، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٧٠.

والقول الثاني: أن مضمون بالقيمة، وهذا قول شمس الأئمة السرخسي، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وقيل: هذا قولها، ونصّ عيه الفقيه أبو الليث، وقيل: وعليه الفتوى، كما في العناية ٦: ٤٤، البدائع ٥: ٣٠٥.

(٣) فعن عبيدة رضي الله عنه، قال علي رضي الله عنه: «اجتمع رأيي ورأي عمر على أنَّ أمهات الأولاد لا يبعن، قال: ثم رأيت بعد أن تباع في دين سيدها، وأن تعتق من نصيب ولدها، فقلت: رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك في الفرقة» في المدخل إلى السنن ١: ٦٠، ومصنف عبد الرزاق ٧: ٢٩١.

وعن نافع قال: «سئل ابن عمر رضي الله عنهما: عن بيع أم الولد وقيل له: إنَّ ابن الزبير قد رخَّص في ذلك، فقال: لكن عمر رضي الله عنه نهى أن يبعنَ أو يوهبنَ أو يُورَثْنَ» في مسند ابن الجعد ١: ٤٠٠، وسنن الدارقطني ١: ١٣٤، وسنن سعيد بن منصور ٢: ٦٢، وغيرها.

والمُدَبَّر[1]، والجمع بين حرٍّ وعبدٍ، وميتةٍ وذكيةٍ باطلٌ).

أمّا الميتةُ والدَّمُ والحرُّ؛ فلأنّها ليست بمال، والبَيعُ والتَّمليك مال بمال.

وأمّا الخَمْر والخنزير فكذلك؛ لأنّهما ليسا بمال في حقّنا.

وكذلك أمُّ الوَلَد والمُدَبَّر؛ لأنّهما استحقّا العِتْق بأمر كائن لا محالة فأشبها الحرّ.

وأمّا الجمعُ بين حُرٍّ وعبدٍ وميتةٍ وذكيّةٍ؛ فلأنّ الصَّفقةَ واحدةٌ، والحرُّ والميتةُ لا يدخلان تحت العَقْد لعدم الماليّة، ومتىٰ بَطَلَ في البعض بَطَلَ في الكلّ؛ لأنّ الصَّفقة غير متجزئة.

---

(١) فعن جابر ﵁ قال: «أعتق رجل منا عبداً له عن دبر، فدعا النبي ﷺ به فباعه» في صحيح البخاري٢: ٨٩٦، قال الطحاوي في مشكل الآثار١: ١٠٠: «ولقد وجدنا عن جابر بن عبد الله ﵁ وهو الذي روىٰ الحديث ما يدل علىٰ أنَّ مذهبه كان أن لا يباع المدبر».

وعن ابن عمر ﵄، أنَّه قال: «لا يباع المُدَبَّرُ» في السنن الصغرىٰ ٩: ١٧٨، وسنن البيهقي الكبير١٠: ٣١٤، وقال: «هذا الصحيح عن بن عمر ﵁ من قوله موقوفاً، وقد روي مرفوعا بإسناد ضعيف».

وعن زيد بن ثابت ﵁، قال: «لا يباع المُدَبَّرُ» في سنن البيهقي الكبير١٠: ٣١٤.

وعن الزهري قال: «لا يباع المُدَبَّرُ»، قال معمر: «وأخبرني من سمع الحسن يقول مثل ذلك»، كما في مصنف عبد الرزاق٩: ١٤٣، وقال مالك في الموطأ ٢: ٨١٤: «الأمر المجتمع عليه عندنا في المُدَبَّرِ أنَّ صاحبه لا يبيعه...».

وكذا الجمع بين دَنَّيْن أحدُهما خَلٌّ والآخرُ خَمرٌ، ومتروكُ التَّسمية كالميتة.

وإذا لم يكن الحرُّ والميتةُ مالاً لا يُقابلُهما شيءٌ من الثَّمن، فيبقى العبدُ والذَّكيّةُ مجهولةَ الثَّمن؛ ولأنّ القَبولَ في الحُرّ والميتةِ شرطٌ للبَيْع في العبد والذَّكية، وأنّه باطلٌ.

وقال أبو يوسف ومحمّد رضي الله عنهما: إن سَمَّى لكلِّ واحدٍ منهما ثَمَناً جاز في العبد والذَّكيّة كالجمع بين أُخته وأَجنبية في النِّكاح.

قُلنا: النِّكاحُ لا يَبْطل بالشُّروط المفسدة، ولا كذلك البيع.

قال: (**وبيعُ المكاتَبِ باطلٌ**)؛ لأنّه استحقَّ جهة حريّة، وهو ثبوتُ يدِه على نفسه، (**إلا أن يجيزَه فيجوز**)؛ لأنه إذا أجازه، فكأنّه عَجَّزَ نفسَه، فيعود قِنّاً فيجوز بيعُه.

قال: (**وبيعُ السَّمَك والطَّير قبل صيدِهما، والآبقِ والحَمْل والنَّتاج، واللَّبَن في الضِّرع، والصُّوف على الظَّهر، واللَّحْم في الشَّاة، وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وثَوْب من ثَوْبَين فاسدٌ**).

أمّا السَّمكُ والطَّيرُ فلعدم الملك.

ولو كان السَّمكُ مُجتمعاً فيه أَجَمةٍ إن اجتمع بغير صنعِهِ لا يجوز؛ لعدم الملك، وإن اجتمع بصنعِهِ إن قدر على أَخْذِه من غير اصطياد جاز؛ لأنّه ملكه ويقدرُ على تسليمِه، وللمشتري خِيار الرُّؤية، وإن لم يقدر عليه إلا بالاصطياد لا يجوز.

وأمّا الآبق؛ فلأنّه لا يقدرُ على تسليمه، حتى لو عاد الآبق جاز البيع، وعن مُحمّد رضي الله عنه: أنه لا يجوز.

ولو باعه ممَّن زَعَمَ أنّه عنده يجوز كبيع المَغْصوب من الغاصب.

وأمّا الحَمْلُ والنَّتاج فلنهيه ﷺ[1].

وأمّا اللَّبن في الضِّرع، فللجهالة واختلاط المبيع بغيره.

وأمّا الصُّوفُ على الظَّهر، فلاختلاط المبيع بغيره، ولوقوع التَّنازع في موضع القطع بخلاف القَصِيل[2]؛ لأنّه يُمكن قلعُه، وقد «نهى ﷺ عن بيع الصُّوف على ظَهْر الغَنَم، وعن لَبَنٌ في ضَرْعٍ، وسَمْنٍ في لَبَنٍ»[3].

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: «كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور إلى حبل الحبلة، قال: وحبل الحبلة أن تنتج النَّاقة ما في بطنها، ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك» في صحيح البخاري٥: ٤٣.
وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة» في المعجم الكبير ١١: ٢٣٠.
وعن ابن المسيب رضي الله عنه أنَّه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنَّما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة، والمضامين: بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: بيع ما في ظهور الجمال» في الموطأ ٢: ٦٥٤، وغيره.

(٢) القَصيل: وهو الشَّعير يُجزُّ أخضَر لعلَف الدوابِ، والفقهاء يُسَمُّون الزَرْع قبل إدراكه قَصيلاً، وهو مجاز، كما في المغرب٢: ١٨٣.

(٣) فعن ابنِ عَبّاس رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم، ولا صوف

وعن أبي يوسف ﷺ: أنّه يجوز قياساً على شجر الخِلَاف[1].

قُلنا: شجر الخِلاف يَنْبُتُ من أعلاه، فتكون الزِّيادة في ملك المشتري، والصَّوف ينبت من أسفله، فيحدث على ملك البائع فيختلطان.

وأمّا اللَّحمُ في الشَّاة والجِذْعُ في السَّقَف، فلا يُمكنُ تسليمُه إلا بضرر لا يُسْتَحَقُّ عليه.

وكذلك ذِراعٌ في ثَوْبٍ وحِلْيَةٌ في سَيْفٍ، وإن قَلَعَه وسَلَّمَه قَبْلَ نَقْض البَيع جاز، وليس للمُشْتري الامتناع، وهذا بخلاف ما إذا باعه ذِراعاً من كِرْباس وعشرةِ دراهم من هذه النُّقْرة حيث يجوز؛ لأنّه لا ضَرَر فيه.

على ظهر، ولا لبن في ضرع» في سنن الدارقطني ٣: ١٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٤٠، وقال: تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفاً، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣: ٦: وقد وثقه بن معين وغيره، قال البيهقي ٥: ٣٤٠: ورواه وكيع مرسلاً، وهو المحفوظ، وقال ابن حجر٣: ٦: وكذا أخرجه أبو داود أيضاً من طريق أبي إسحاق عن عكرمة، وكذا أخرجه الشافعي من وجه آخر عن بن عباس، وليس في رواية وكيع المرسلة ذكر اللبن، وأخرجه الطبراني في الأوسط من رواية عمر المذكور، وقال: لا يروى عن النبي ﷺ إلا بهذا الإسناد، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٢: النهي عن بيع الثمرة في الصحيح رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات.

(١) أي شجر الصفصاف، كما في المعجم الوسيط١: ٥١٦.

وأمَّا ثوبٌ من ثَوْبَيْن فلجهالة المبيع، ولو قال: على أن يأخذ أيُّهما شاء جاز؛ لعدم المنازعة.

قال: (**وبيعُ المُزابنة والمُحاقلة فاسدٌ**)؛ لأنّه ﷺ «نهى عنهما»(١).

والمُزابنةُ: بيعُ الثَّمر على النَّخل بتمرٍ على الأَرض مِثْلِه كَيْلاً حَزْراً.

والمُحاقلةُ: بيعُ الحِنطة في سنبلِها بمِثْلِها من الحِنْطةِ كَيْلاً حَزْراً، ولأنّه بيعُ الكيليِّ بجنسِهِ مجازفةً، فلا يجوز.

قال: (**ولو باع عَيْناً على أن يُسلِّمها إلى رأسِ الشَّهرِ، فهو فاسد**)؛ لأنّ تأجيلَ الأعيان باطلٌ؛ إذ لا فائدة فيه؛ لأنّ التَّأجيلَ شُرِعَ في الأثمان تَرْفيهاً عليه؛ ليتمكن من تحصيلِه، وأنّه معدومٌ في الأعيان، فكان شَرْطاً فاسداً.

قال: (**وبَيْعُ جاريةٍ إلا حملَها فاسدٌ**)؛ لأنّ الحملَ بمنزلةِ طَرَفِ الحيوان؛ لاتصاله به خِلْقة، ألا تَرَى أنّه يَدْخلُ في البَيع من غيرِ ذكر، فلا يجوز استثناؤه كسائر الأطراف.

(**ولو باعه جاريةً على أن يَسْتولدها المشتري أو يُعْتِقَها أو يَسْتَخدمُها**

---

(١) فعن جابر رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المُحاقلة والمُزابنة والمُخابرة» في صحيح مسلم ٣: ١١٧٤.

وعن ابن عُمر رضي الله عنهما: «إنَّ النبي ﷺ نهى عن المزابنة، بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وبيع الزَّرع بالحنطة كيلاً» في صحيح البخاري ٢: ٧٦٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٧١، وغيرها.

البائع أو يقرضَه المشتري دراهم أو ثوباً على أن يخيطَه البائعُ، فهو فاسدٌ)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بَيْع وشَرْط»[1].

والجملةُ في ذلك أنّ البيعَ بالشَّرط ثلاثة أنواع:

١. نوعٌ: البيعُ والشَّرْطُ جائزان، وهو كلُّ شَرْطٍ يقتضيه العقدُ ويلائمُه، كما إذا اشترى جاريةً على أن يستخدَمها، أو طَعاماً على أن يأكلَه أو دابّة على أن يركبَها.

ولو اشترى أَمةً على أن يَطأها، فهو فاسدٌ؛ لأنّ فيه نَفْعاً للبائع؛ لأنّه يَمْتنعُ به الرَّدِّ بالعَيْب، وقالا: لا يَفسد؛ لأنّه شرطٌ يقتضيه العقد، وجوابُه ما قلنا.

٢. ونوعٌ: كلاهما فاسدان، وهو كلُّ شَرْطٍ لا يَقْتَضيه العَقْدُ ولا يُلائمُه، وفيه مَنْفعةٌ لأحدِ المُتعاقدين، وهو ما مَرّ من الشُّروطِ في هذه المَسائلِ ونحوها، أو للمُعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق: كعِتْق العَبد، فلو أَعْتقه انقلب جائزاً، فيجب الثَّمنُ عند أبي حنيفة ﵁؛ لأنّه يَنْتَهي به، والشَّيء يتأكّدُ بانتهائه، وعندهما: تجب القيمةُ، وهو فاسدُ على حالِه؛ لأنّ به تقرَّرَ الشَّرط الفاسد.

٣. ونوعٌ: البَيْعُ جائزٌ، والشَّرْطُ باطلٌ، وهو كلُّ شَرْطٍ لا يقتضيه العقد،

(١) سبق تخريجه فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﵁ في مسند أبي حنيفة ص١٦٠.

وفيه مضرّةٌ لأحدهما، أو ليس فيه منفعةٌ ولا مَضرّةٌ لأحدٍ، أو فيه منفعةٌ لغير المتعاقدين والمبيع: كشَرْط أن لا يبيع المبيع ولا يَهَبَه، ولا يَلْبَسَ الثَّوب، ولا يَرْكَبَ الدَّابّة، ولا يأكلَ الطَّعام، ولا يطأ الجارية، أو على أن يقرضَ أَجْنبياً دراهم ونحو ذلك، فإنّه يجوز البَيْعُ ويبطلَ الشَّرْطَ؛ لأنّه لا يستحقُّه أحدٌ، فيلغو بخلوِّه عن الفائدة.

ويَبْتَني على هذه الأُصول مسائل كثيرةٌ، تُعْرَف بالتَّأمّل إن شاء الله تعالى.

قال: (**ولا يجوز بيع النَّحْل إلا مع الكُوَّارات**)، وقال **مُحمَّدٌ** رضي الله عنه: يجوز إذا كان مجموعاً؛ لأنّه حَيْوانٌ منتفعٌ به، مَقدوورُ التَّسليم، فيجوز كغيره من الحيوانات.

ولهما: أنّه لا يُنْتَفَعُ بعينِهِ، ولا بجزءٍ من أجزائِه، فلا يجوز كالزَّنابير، ولا اعتبار بما يَتَوَلَّد منه من العَسَل؛ لأنّه مَعْدوم.

أمّا إذا باعها مع الكُوَّارات، وفيها عَسَلٌ يجوز تَبَعَاً، هكذا علَّله الكَرْخيُّ في «جامعه»، ثمّ أنكر ذلك، وقال: إنّما يدخل في البَيْع بطريق التَّبع ما هو من حقوق المَبيع وأَتباعه، والنَّحْل ليس من حُقوق العَسَل وأتباعه.

وجوابه أن يُقال: إنّ الكُوَّارات لمّا لم يَكُن لها فائدةٌ بدون النَّحْل جُعِل النَّحْل من جملةِ حقوقِها تجوُّزاً، ألا تَرىٰ أنّه لا يجوز بيعُ الشِّرب مَقْصوداً، ويجوز تبعاً للأرض؛ لما أنّه لا انتفاع بالأَرْض بدون الشِّرْب، وأمثالُه كثيرةٌ.

قال: (**ولا دودَ القزِّ إلا مع القَزّ**)، وقال **مُحمّد** رضي الله عنه: يجوز، والعِلّةُ فيه ما مَرّ من الطَّرفين في النَّحل.

وقالا : يجوز بيع بيضِه والسَّلَم فيه كيلاً في حينِه؛ لأنه بِزْرٌ يتولَّد منه ما يُنْتَفَعُ به، وصار كبِزْر البَطِّيخ.

وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يجوز بيعُه؛ لأنّه لا يُنْتَفَعُ بعينِه، وكان محمّدُ ﷺ يُضَمِّنُ مَن قَتَلَ دودَ القَزِّ بناءً على جَواز بيعِه، ولا يُضَمِّنُه أبو حنيفة ﷺ بناء على عدم جَوازه.

قال: **(والبَيْعُ إلى النَّيروز[1] والمهرجان وصَوْم النَّصارى وفطر اليهود إذا جَهلا ذلك فاسدٌ)**[2]؛ لأنّ الجَهالة مُفضية إلى المُنازعة، وإن عَلِما ذاك جاز كالأَهلّة.

ولو اشترى إلى فطر النَّصارى وقد دخلوا في الصَّوم جاز؛ لأنّه معلومٌ، وقبل دخولهم لا يجوز لأنّه مجهولٌ.

قال: **(والبيعُ إلى الحَصاد والقِطاف والدِّياس وقُدُوم الحاج فاسدٌ)**؛ للجَهالة؛ لأنّها تتقدَّم وتتأَخَّر.

---

(١) النيروز: أول يوم من الربيع، والمهرجان: أول يوم من الخريف، اللباب ٢: ٢٨.

(٢) معناه: تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان؛ لجهالة الأجل المفضية إلى النزاع؛ لابتناء المبايعة على المماكسة ـ أي المجادلة في النقصان ـ، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل، فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع، ومثلها يُفسد البيع، كما في الهداية ٦: ٤٥٢-٤٥٣.

(**وإن أَسْقَطا الأجلَ قَبْلَه جاز**) البيع[1]، خلافاً لزفر رضي الله عنه، وقد مَرّ في خِيار الشَّرط، وروى الكَرخيُّ رضي الله عنه عن أصحابنا: أنّ سائرَ البِياعات الفاسدة تنقلب جائزةً، بحذف المُفْسد.

قال: (**ومَن جَمَعَ بين عَبْدٍ ومُدبَّرٍ أو عَبْد الغير جاز في عَبْدِه بحصّتِه**) والمكاتبُ وأمُّ الولد كالمُدبَّر؛ لأنّها أموال، ألا تَرى أنّ الغيرَ لو أجاز البَيْع في عبدِه جاز.

وكذا لو قَضى القاضي بجواز البَيْع في المُدبَّر وأمِّ الولد.

وكذا لو رضي المُكاتَبُ، فصار كما إذا باع عَبْدين، فهَلَكَ أحدُهما قبل القَبْض، فإنّه يجوز في الباقي بحصَّتِه كذا هذا.

قال: (**ويُكره البَيْع عند أذان الجُمْعة**)[2]؛ لقوله تعالى: {وَذَرُوا الْبَيْعَ} [الجمعة: ٩].

---

(١) أي: لو باع شيئاً بتأجيل الثمن إلى هذه الأوقات المذكورة ثم أسقط مَن له الأجل وهو المشتري هذا الأجل المفسد للبيع قبل حلوله: أي قبل الحصاد والدِّياس مثلاً، صحَّ البيع؛ لأنَّ الفسادَ كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرّره، وهذه الجهالة هي شرطٌ زائدٌ لا في صلب العقد، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحاً بإسقاطِ الدرهم الزائد؛ لأنَّ الفسادَ في صلب العقد، كما في منح الغفار ق٢: ٣١/ ب.

(٢) وهو البيع من الأذان الأول إلى الانفضاض من صلاة الجمعة، فالأذان المعتبر في تحريم البيع، هو الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار، كما في تبيين الحقائق ٤: ٦٩، وقال الطحاوي: الأذان الثاني، والأصح أنَّه الأذان الأول، كما في منحة السلوك ٢:

(وكذا بيعُ الحاضر للبادي)؛ لقوله ﷺ: «لا يَبيعُ حاضر لباد»[١]، وهو أن يجلب البادي السَّلعة، فيأخُذَها الحاضرُ ليبيعَها له بعد وقتٍ بأَغْلَىٰ من السِّعر الموجودِ وقتَ الجَلْب.

وكراهته لما فيه من الضَّرر بأهل البلد، حتىٰ لو لم يضرّ لا بأس به؛ لما فيه من نفع البادي من غير تضرّر غيره.

(وكذا السَّوْمُ على سَوْم أخيه)؛ قال ﷺ: «لا يستام الرَّجل علىٰ سَوْم أخيه»[٢]، وهو أن يرضى المتعاقدان بالبَيْع ويستقرّ الثَّمن بينهما، ولم يَبْقَ إلا العقد، فيَزيدُ عليه، ويَبْطُلُ بيعُه.

٧٠، وقال في «البحر»: هذا القول الصحيح، وقيل: العبرة للأذان الثاني الذي يكون بين يدين المنبر؛ لأنَّه لم يكن في زمنه ﷺ إلا هو، وهو ضعيف؛ لأنَّه لو اعتبر في وجوب السعي لم يتمكن من السنة القبلية، ومن الاستماع، بل ربما يخشىٰ عليه فوات الجمعة، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٣٤.

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا تَلقَّوُا الركبان، ولا يبع حاضر لباد»، فقيل لابن عباس رضي الله عنهما: ما قوله: لا يبع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً، في صحيح البخاري ٢: ٧٩٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٧.

وعن أنس رضي الله عنه: «نهينا عن أن يبيع حاضر لباد» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٨.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ نهىٰ أن يستام الرجل علىٰ سوم أخيه» في صحيح مسلم٣: ١١٥٥.

وعنه رضي الله عنه قال ﷺ: «لا يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه ولا يسوم علىٰ سوم أخيه» في صحيح مسلم٢: ١٠٢٩.

أمّا لو زاد عليه قبل التَّراضي يجوز، وهو المعتاد بين النَّاس في جميع البلاد والأعصار، وقد صحَّ «أنّ النبيَّ ﷺ باع حِلْساً في بَيْع من يَزيد»[1].

(وكذا النّجَشُ وتَلَقي الجَلَب مكروهٌ).

والنَّجَشُ: أن يَزيد في السِّلْعةِ، ولا يُريدُ شراءها؛ ليُرَغِّبَ غيرَه فيها.

وتَلَقِّي الجَلَب: أن يَتَلَقّاهم، وهم غيرُ عالمين بالسِّعر، أو يُلَبِّس عليهم السِّعرَ ليشتريَه ويبيعَه في المصر، فإن لم يُلَبِّس عليهم، أو كان ذلك لا يضرُّ أهل المصر لا بأس به، وقد نَهَى ﷺ «عن تَلَقِّي الجلب»[2]، وقال ﷺ: «لا

وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا يبع أحدكم على بَيْع أخيه إلا بإذنه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، ومسند أحمد ٢: ٢١، والمعجم الأوسط ١: ١٦٣، وفي لفظ: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أحد حتى يذر إلا الغنائم والمواريث» في سنن النسائي الكبرى ٤: ١٤، والمجتبى ٧: ٢٥٨، والمنتقى ١: ١٤٧، مصنف عبد الرزاق ٨: ١٩٩.

(١) فعن أنس رضي الله عنه: «إنَّ النبي ﷺ باع قدحاً وحِلْساً فيمَن يزيد» في سنن النسائي الكبرى ٤: ١٥، والمجتبى ٧: ٢٥٩، والمعجم الأوسط ٣: ١١١، ومسند أحمد ٣: ١٠٠، ومسند الطيالسي ١: ٢٨٥، والأحاديث المختارة ٦: ٢٤٧.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه: «نهى رسول الله ﷺ أن يتلقى الجلب» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٧.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبطَ بها إلى السوق» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وفي رواية: «نهى ﷺ أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٦.

تَناجشوا»[١].

(**ويجوز البيع**) في هذه المسائل كلِّها؛ لأنّ النَّهيَ ليس في معنى العقد وشرائطه، بل لمعنى خارج، فيجوز.

قال: (**ومَن مَلَك صَغيرين أو صَغيراً وكبيراً أحدُهما ذو رَحِم مَحْرَمٍ من الآخر كُرِهَ له أن يُفرِّق بينَهما**)، قال ﷺ: «مَن فَرَّق بين والدةٍ وولدِها فرَّقَ اللهُ بينَه وبينَ أَحِبَتَه في الجَنّة»[٢]، وقال ﷺ: «لا تجمعوا عليهم السَّبْيَ والتَّفريقَ حتى يَبْلغَ الغُلامُ وتحيضَ الجاريةُ»[٣]، ولأنّ الكبيرَ يُشفق على الصَّغير ويَرَبِّيه، والصَّغيران يتآلفان فيتضرَّران بالتَّفريق، ووهب ﷺ لعليّ رضي الله عنه أخوين صغيرين ثم سأله عنهما، فقال: بعتُ أحدهما، فقال ﷺ: «بِعْهما أو رُدّهما»[٤]، وفي رواية: «اذهَبْ فاستردَّه».

وعن ابن مسعود رضي الله عنه، قال ﷺ: «أنَّه نهى عن تلقي البيوع» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦.

(١) فعن عن ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن النَّجَش» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦، وصحيح ابن حبان ١١: ٣٤٢.

(٢) فعن أبي أيوب رضي الله عنه، قال ﷺ: «من فرَّق بين والدة وولدها فرَّق الله بينه وبين أَحِبَّته يوم القيامة» في سنن الترمذي ٤: ١٣٤، وحسنه، والمستدرك٢: ٦٣.

(٣) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه: «نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يا رسول الله إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية» في المستدرك٢: ٨٤، وصححه، وسنن الدارقطني٤: ٣٣، وسنن البيهقي الكبير٩: ٢١٦.

(٤) فعن علي رضي الله عنه، قال: «قدم النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أَخوين فبعتهما، وفَرَّقتُ بينهما،

(ولا يُكره في الكبيرين)؛ لقوله ﷺ: «حتى يبلغَ الغُلام أو تحيضَ الجارية»[1]، والنَّبيُّ ﷺ: «فرَّق بين مارية وسيرين وكانتا أُختين كبيرتين، فاستولد ماريةَ ووَهَب سيرين»[2].

فإن لم يكن بينهما مَحْرَميّة يجوز كابن العَمِّ؛ لأنّ النّصَّ وَرَدَ على خلاف القياس، فيُقْتَصَرُ عليه.

وكذا إذا كانت المَحْرَمِيَّة لغير نَسَبٍ كالمصاهرةِ والرِّضاع.

وكذا بين الزَّوجين؛ لما ذكرنا.

فإن باع الصَّغير وفَرَّق بينهما جاز خلافاً لأبي يوسف رضي الله عنه في قرابة الولاد ولزفر رضي الله عنه في الإخوة، وهو رواية عن أبي يوسف رضي الله عنه أيضاً.

ثم أتيت النبي ﷺ فأَخبرته، فقال: أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعاً ولا تُفرِّق بينهما» في المستدرك ٢: ٦٣، وسنن الدارقطني ٣: ٦٥، وأمالي المحاملي ١: ١٩٣، والمنتقى ١: ١٤٨، والأحاديث المختارة٢: ٢٧٢.

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

(٢) فعن بريدة رضي الله عنه: «أهدى أمير القبط لرسول الله ﷺ جاريتين أُختين قبطيتين وبغلة، فأما البَغلة فكان رسول الله ﷺ يركبها، وأمّا إحدى الجاريتين فتَسَرّاها، فولدت له إبراهيم، وأمّا الأُخرى فأعطاها حسان بن ثابت الأنصاري» في شرح مشكل الآثار٦: ٤٠١، والمعجم الأوسط٤: ٣٧، ومسند الحارث١: ٥١١، وقال الأرناؤوط: إسناده محتمل للتحسين.

ووجه ما تقدَّم من حديث عليّ رضي الله عنه «أَمَره ﷺ بالرَدِّ»[١]، وهو دليلُ عدم الجواز.

ورُوِي أنّه ﷺ: «رأى في السَّبايا امرأةً وَلْهاء[٢]، فسأل عنها، فقيل: بيعَ ولدُها، فأمرهم بالرَّدِّ»[٣]، وذلك يدلّ على عدم الجواز.

وكذلك تعليقُه الوَعيد بالتَّفريق في الحَديث الأَوّل يدلُّ على حرمةِ التَّفريق.

ولنا: أنّه باع ملكَه بَيْعاً جامعاً شرائط الصِّحّة فيجوز، والنَّهيُ لمعنى خارج عن العَقْد، وهو ما يَلْحَق الصَّبيَّ من الضَّرر فلا يُفْسِدُه: كالبَيْع عند النِّداء، فأوجب الكَراهة والإثم.

وله أن يدفعَه في الدَّينِ والجِناية، ويَردَّه بالعَيْبِ بعد القَبْض؛ لأنّ التَّفريقَ مكروهٌ، وإيفاءُ الحُقوق واجبٌ.

ولا يُكرَه عِتْقُ أحدِهما ولا كِتابَتُه؛ لأنّ نفعَه في ذلك أكثر من تضرُّره بالتَّفريق، فكان أولى.

---

(١) سبقه تخريجه قبل أسطر.

(٢) الْوَلَهُ: ذَهَابُ الْعَقْلِ وَالتَّحَيُّرُ مِنْ شِدَّةِ الْوَجْدِ، كما في مختار الصحاح ص٣٤٥.

(٣) فعن عبد الله بن الحسن، قال: «أقبل زيد بن حارثة برقيق من اليمن، واحتاج إلى نفقة ينفق عليهم، فباع غلاماً من الرقيق بأربعمائة، فلما قدم على النبي ﷺ وبصر بالأمر، فقال: ما لي أرى هذه والهة؟، قال: احتجنا إلى نفقة، فبعنا أماً لها فأمره أن يرجع فيردّه» في مسند أبي حنيفة١: ١٧٢.

باب التَّولية

(التَّوْليةُ[١]**: بَيْعٌ بالثَّمن الأَوَّل، والمُرابَحةُ**[٢] **بزيادةٍ، والوَضيعةُ**[٣] **بنَقِيصةٍ)**[٤]؛ لأنّ الاسمَ يُنْبِئ عن ذلك، ومَبناها على الأَمانة؛ لأنّ المشتري

---

(١) بيع التولية: وهو بيع بثمن سابق، أو بيع المشترى بثمنه، فهي أن يشترط أنَّ المبيع بالثمن الأوّل الذي اشترى به بلا فضل، فلا يكون في البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه زيادة ولا نُقصان على ذلك الثمن: كما لو اشترى أحدٌ مالاً بعشرة دنانير، فباعه من آخر بعشرة أيضاً، كما في درر الحكام ١: ١١٤.

(٢) بيع المرابحة: وهو بيعٌ بثمن سابق وزيادة، أو بيع المشترى بثمنه وفضل، فهي أن يشترط المبيع بالثمن الأوّل الذي اشترى به مع فضل معلوم: كأن يقول البائع للمشتري: قد كلَّفني هذا المال مئة دينار، فأبيعه لك بمئة وعشرة دنانير، كما في درر الحكام ١: ١١٤.

(٣) الوضيعة: وهو بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه، فيقع بنقص في ثمن المبيع عما اشتراه به البائع: كأن يشتري شخص مالاً بعشرة دنانير فيبيعه بتسعة، كما في درر الحكام ١: ١١٤.

(٤) فعن سعيد بن المسيب ﵁، قال ﷺ: «التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به» في مصنف ابن أبي شيبة ٨: ٤٩، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٢٥٦: ولا خلاف في مرسل سعيد، وفي رواية: «لا بأس بالتولية في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالإقالة

يأتمن البائع في خَبَرِهِ معتمداً على قولِه[1]، فيَجب على البائع التَّنزُّه عن الخِيانة، والتَّجَنُّبُ عن الكَذِب؛ لئلا يقع المشتري في بَخْسٍ وغُرُور، فإذا ظَهَرَت الخِيانةُ يَرُدُّ أو يَخْتار على ما يأتيك إن شاء الله؛ لوجود شرائطها، وقد تعامَلَها النَّاسُ من لَدُنِ الصَّدْرِ الأَوَّل إلى يومنا هذا.

وقد صَحّ: «أنّه ﷺ لما أراد الهجرة قال لأبي بكر رضي الله عنه، وقد اشترى بعيرين ولِّني أحدَهما»[2]، وللنَّاس حاجةٌ إلى ذلك؛ لأنّ فيهم مَن لا يَعْرفُ قِيمةَ الأشياءَ، فيستعين بمَن يَعْرفُها ويَطيبُ قَلْبُه بما اشتراه وزيادة، ولهذا كان

في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوف» في مراسيل أبي داود ص١٧٨، قال الأرنؤوط: محمد بن إبراهيم البزار: ثقة، ومن فوقه من رجال الشيخين.

(١) فائدةَ هذا البيع: أنَّ الغبيَ يعتمد على فعل الذكي، فيطلب نفسه بمثل ما اشترى به هو، أو بمثله مع فضل، وهذا المعنى إنَّما يظهر في ذوات الأمثال دون ذوات القيم كالأشياء المتفاوتة كالحيوانات والجواهر؛ لأنَّ ذوات القيم قد تطلب بصورتها من غير اعتبار ماليتها، ولأنَّ قيمتها مجهولة؛ لأنَّلا يمكن معرفتها حقيقة، ومبنى هذا البيع على الأمانة، فلا يجوز بيعه مرابحة إلا إذا كان المشتري يملك ذلك البدل من البائع بسبب من الأسباب، كما في شرح الوقاية ص٥٣٨، ومجمع الأنهر ٢: ٧٤-٧٥.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة: قال أبو بكر رضي الله عنه: «خذ بأبي أنت يا رسول الله إحدى راحلتي هاتين، قال رسول الله ﷺ: بالثمن» في صحيح البخاري ٣: ١٤١٩، وصحيح ابن حبان ١٤: ١٨٠، ومسند أحمد ٦: ١٩٨، وفي لفظ: «لا أركب بعيراً ليس لي، قال: هي لك يا رسول الله، قال: لا، ولكن بالثمن الذي ابتعتها به، قال:

مَبْناها على الأمانة ورأس المال في المُواضَعة حَقُّه، فله أن يَحُطَّ منه.

قال: (**ولا يصحُّ ذلك حتى يكون الثَّمن الأَوَّل مِثلياً أو في ملك المشتري**)[١]؛ لأنّه يجب عليه مثلُ الثَّمن الأَوَّل، فإذا كان مِثْلياً يَقْدِرُ عليه، فكذلك إذا كان من ذواتِ القِيَم، وهو في يدِه لقدرتِهِ على أدائه، وإن لم يكن في يدِه، فهو باطلٌ؛ لأنّه يجب عليه مِثْلُ الأَوَّل، وهذا من ذواتِ القِيَم، والقِيَمُ مجهولةٌ إنّما تُعْلَمُ بالظَّنّ والتَّخمين.

كذا وكذا، قال: قد أخذتها بذلك...» ذكرها ابن إسحاق في سيرته، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٥٧.

(١) شرائط عقود الأمانة:

١. أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثّاني؛ لأنَّ المرابحة بيع بالثمن الأوّل مع زيادةربح، والعلم بالثمن الأوّل شرط صحة بياعات الأمانة، فإن لم يكن معلوماً له، فالبيعُ فاسدٌ.

٢. أن يكون الرِّبحُ مَعلوماً؛ لأنَّه بعضَ الثمن، والعلم بالثمن شرط صحة البياعات.

٣. أن يكون رأسُ المال ـ الثمن الأول ـ من ذوات الأمثال؛ كالدراهم والدنانير، والكيلي والوزني والعددي المتقارب.

٤. أن يكون العقدُ الأوَّل صحيحاً، فإن كان فاسداً لم يجز بيعُ المرابحة؛ لأنَّ المرابحة بيعٌ بالثَّمن الأوَّل مع زيادةِ ربح، والبيعُ الفاسدُ وإن كان يُفيدُ الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن؛ لفساد التسمية، كما في البحر الرائق ٦: ٧٩، والوقاية ص٥٤١، والبدائع ٥: ٢٢٠.

والثَّمَنُ الأوّلُ هو ما عَقَدَ به لا ما نَقَدَ، فإن اشترى بدراهم فدفع بها ثَوْباً، فالثَّمَن دراهم.

ولا بُدّ أن يكون الرِّبحُ أو الوَضِيعةُ مَعْلوماً؛ لئلا يؤدِّي إلى الجَهالةِ والمُنازعة، فلو باعه بربح: «دَهْ يازْدَه»[1]؛ لا يجوز إلا أن يعلمَ بالثَّمنِ في المجلس؛ لأنّه مجهولٌ قبله.

ولو كان المَبيعُ مِثْليّاً، فله بيعُ نصفِه مُرابحةً بحصَّتِه.

ولو كان ثوباً أو نحوَه لا يبيع جزءاً منه؛ لأنّه لا يُمكن تسليمُه إلا بضرر.

قال: (**ويجوز أن يضمَّ إلى الثَّمَن الأَوَّل أُجرةَ الصَّبغ والطِّرَاز**[2] **وحَمْلِ الطَّعام والسِّمسارِ وسائقِ الغنم ويقول: قامَ عليَّ بكذا.**

ولا يَضُمُّ نفقتَه وأُجْرةَ الرَّاعي والطَّبيبَ والمُعَلِّمَ والرَّائضَ وجُعْلَ الآبق وكِرَاهُ)، وأصلُه أنَّ كلَّ ما تَعارف التُّجار إلحاقَه برأس المال يُلْحَقُ به، وما لا فلا.

وقد جَرَت العادة بالقسم الأَوَّلِ دونَ الثَّاني، وما تَزْدادُ به قيمةُ المبيع أو عَيْنُه يُلْحقُ به، وأنّه موجودٌ في القَسْمِ الأَوَّلِ.

---

(١) أي العشرة بأحد عشر لم يجز إلا أن يعلم بالثمن في المجلس فيخير، كما الدر المختار ٥: ١٣٥.

(٢) الطِّرَاز: عَلَم الثوب، كما في المغرب ص٢٨٩.

أمّا الصَّبْغُ والطِّرازُ فظاهر.

وأمّا الحَمْلُ والسَّوْقُ؛ فلأنّ القيمةَ تزداد باختلاف الأمكنة، ولا كذلك القِسْم الثَّاني.

أمّا الرّاعي؛ فلأنه لم يوقع فيه فِعْلاً، وإنّما هو حافظٌ، فصار كالبَيْت.

وجُعل الآبق نادرٌ ولم يَزِدْ فيه شيئاً، وكذلك الطَّبيب.

وما ثَبَتَ بالمُعَلِّم والرَّائض لمعنىً فيه، وهو ذَكاؤه وفِطْنَتُه.

ولو ضَمَّ إلى الثَّمنِ ما لا يجوز ضَمُّه، فهو خِيانةٌ.

وكذلك إن أَمْسكَ جُزْءاً من المَبيع أو بَدَّله أو كَتَم وَصَفَ الثَّمَن أو الأَجَل فيه، أو عَيْباً بفعلِه أو فعل غيره.

ولو عابَ بآفةٍ سَماويةٍ، فليس بخِيانةٍ.

ولو كَتَمَ أُجرةَ المَبيع أو غَلَّتَه، فليس بخيانةٍ.

ولو اشتراه ممَّن لا تُقبلُ شهادتُه له لا يَبيعُه مُرابحةً، حتى يُبيِّن عند أبي حنيفة ﵁ خلافاً لهما.

ولو اشتراه من عبدِه أو مكاتَبه يُبَيِّنُ بالإجماع.

ولو اشتراه ممَّن له عليه دَيْنٌ بدينِهِ لم يُبيِّن بالإجماع.

لهما في الخلافية أنّهما مُتباينان في الأَملاك فصارا كالأَجنبيّ.

وله: أنّ المنافع بينهم متحدةٌ، فكأنّه اشتراه من نفسِهِ، ولأنّ العادةَ جاريةٌ بالتَّسامح والمُحاباة بين هؤلاء في المعاملات، فيجب البَيان كما لو اشتراه من عبدِه.

قال: (**فإنْ عَلِمَ بخِيانةٍ في التَّوْليةِ أَسْقَطَها من الثَّمن**)، وهو القياس في الوَضَعية.

(**وفي المُرابَحةِ إن شاء أَخَذَه بجميع الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه**) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يَحُطُّ فيهما، وحِصَّة الخِيانةِ من الرِّبح[1].

وقال محمّدٌ رضي الله عنه: يُخيِّر فيهما؛ لأنّه فاته وصفٌ مَرْغوب في الثَّمن، فيَتَخَيَّر كوصف السَّلامة.

ولأبي يوسف رضي الله عنه: أنه بَيْعٌ تعلَّق بمِثْل الثَّمن الأوّل، فإنّه يَنْعَقِدُ بقوله: ولَّيتُك بالثَّمَن الأوَّل، وبِعْتُك مُرابحةً أو مُواضعةً على الثَّمَن الأوَّل، وقَدْر الخِيانة لم يكن في الثَّمن الأوَّل فيُحَطُّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: إنّ إثباتَ الزِّيادة في المُرابحة لا تُبْطل معناها، إلا أنّه

(١) بيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف: إذا باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية، فإنّه يحطُّ قدر الخيانة من الأصل، وهو الخمس، وذلك درهمان، وما قابله من الرِّبح، وهو درهمٌ، فيأخذ الثَّوب باثني عشر درهماً، كما في الجوهرة١: ٢١٠، والبحر٦: ١٢٠.

فاته وصفٌ مَرْغوبٌ كما قال مُحمّد ﷺ فيُخَيَّر، وإثباُت الزّيادة يُبْطِلُ معنى التَّولية، فتلغو التَّسْمية وتُحَطُّ الزّيادةُ تحقيقاً لمعنى التَّوليّة.

ومعنى قوله: «وهو القَياسُ في الوَضِيعةِ»: أي إذا خان خيانةً تنفي الوَضيعة، أمّا إذا كانت خِيانةً توجدُ الوَضِيعةُ معها فهو بالخيار، وهذا على قياس قول أبي حنيفة ﷺ، وقياس قول أبي يوسف ﷺ يَحُطّ فيهما، ومُحمّد يُخيَّرُ فيهما.

بابُ الرِّبا

وهو في اللُّغة[1]: الزِّيادةُ، ومنه الرَّبْوَة للمَكان الزَّائد على غيره في الارتفاع.

وفي الشَّرْع[2]: الزِّيادةُ المشروطةُ في العَقْد، وهذا إنّما يكون عند المقابلةِ بالجِنْس. وقيل: الرِّبا في الشِّرع: عبارةٌ عن عقدٍ فاسدٍ بصفةٍ سَواءٌ كان فيه زيادةٌ أو لم يكن، فإنّ بَيْعَ الدَّراهم بالدَّنانير نسيئةً رباً ولا زيادةَ فيه.

---

(١) لغةً: من ربا بمعنى زاد، قال ﷻ: {وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلاَ يَرْبُو عِندَ اللهِّ} [الروم: ٣٩]، وسمي المكان المرتفع ربوة؛ لزيادته على سائر الأماكن ارتفاعاً، وينسَب إليه فيقال: رِبوي ـ بالكسر ـ، ومن الأشياء الرِّبوية، وفتح الراء خطأ، كما في المغرب ص١٨٢

(٢) اصطلاحاً: فضلٌ خال عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة، كما في اللباب٢: ٣٧، والملتقى ص١١٩.

والأصلُ في تحريمِهِ قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}[البقرة: ٢٧٥]، وقوله: {لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا} [آل عمران: ١٣٠]، والحديث المشهور، وهو قوله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهب مثلاً بمِثْلٍ وَزْناً بوَزْنٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والحِنْطةُ بالحِنْطةِ مثلاً بمِثْلٍ كَيْلاً بكَيْلٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والشَّعيرُ بالشَّعير مِثْلاً بمِثْلٍ كَيْلاً بكَيْلٍ يَدَاً بيدٍ، والفَضْلُ رباً، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بمِثْلٍ، كَيْلاً بكيلٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والملح بالملح مثلاً بمِثْل كَيْلا بكَيْل يداً بيدٍ، والفَضْل رباً»[1].

وأجمعت الأَمَّةُ على تَعَدِّي الحُكم منها إلى غيرها إلا ما يُروَى عن عثمان

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضل ربا، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والفضل رباً، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والفضل رباً، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، والفضل رباً، والملح بالملح مثلاً بمثل، والفضل رباً» ، وفي رواية: «الذهب بالذهب وزناً بوزن يداً بيد، والفضل رباً، والحنطة بالحنطة كيلاً بكيل يداً بيد، والفضلُ رباً، والتمر بالتمر، والملح بالملح كيلاً بكيل، والفضل رباً» في مسند أبي حنيفة ص١٩٦، والآثار لأبي يوسف ص١٨٣.

وعن ابن مسعود رضي الله عنه، قال ﷺ: «لعن آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٩٩، ومسند أبي عوانة ٣: ٣٩٥، وجامع الترمذي ٣: ٥١٢، وصححه، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٦٢، ومصنف عبد الرزاق ٦: ٢٦٩، وغيرها.

وعن عبد الله بن حنظلة رضي الله عنه، قال ﷺ: «درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية» في مسند أحمد ٥: ٢٢٥، ومسند البزار ٨: ٣٠٩، وسنن الدارقطني ٣: ١٦، والأحاديث المختارة ٩: ٢٦٧.

البَتِيّ[1] وداودِ الظَّاهريّ[2]، ولا اعتماد عليه.

قال: (**وعلّتُه عندنا الكَيْل أو الوَزْن مع الجِنْس**)؛ لقوله ﷺ في آخر الحديث: «وكذلك كلُّ ما يُكال ويُوزن»[3] رواها مالكُ بن أنس ومحمّدُ بنُ

(١) وهو عثمان بن مسلم البَتِّي البصري، أبو عمرو، قال الذهبي: هذا هو الذي كتب إلى أبي حنيفة في شان الإرجاء وكان بينهما مكاتبات، فكتب له أبو حنيفة رسالة بيَّن فيها أنّ المضيِّعَ للعمل لم يكن ميضيِّعاً للإيمان، وساق الأدلة على ذلك. قال ابن حجر: صدوق عابوا عليه الإفتاء بالرأي، (ت١٤٣هـ). ينظر: التقريب ص٣٢٧، والميزان٥: ٦٨.

(٢) وهو داود بن علي بن خلف الأَصْبَهَانِيّ، أبو سليمان، الملقَّب بالظَّاهري، وسُمِي بذلك لأخذه بظاهر الكتاب والسنة وإعراضه عن التأويل والرأي والقياس، وعرف بالأصبهاني لأن أمه أصبهانية، وكان عراقياً، (٢٠١-٢٧٠هـ). ينظر: الميزان٣: ٢٦-٢٨، ووفيات٢: ٢٥٥-٢٥٧.

(٣) فعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا ربا إلا في ذهب أو فضة أو مما يكال أو يوزن ويؤكل ويشرب» في سنن الدارقطني٣: ٤٠٠.

وعن سعيد بن المسيب: «لا ربا إلا في ذهب، أو فضة. أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب» في الموطأ٤: ٩١٨.

وعن إبراهيم رضي الله عنه أنَّه قال: «أسلم ما يُكال فيما يوزن، وأسلم ما يوزن فيما يُكال، ولا تسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وإذا كان نوعاً واحداً مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يداً بيد، ولا خَيْرَ فيه نسيئة» في الآثار لأبي يوسف ١: ١٨٦.

إسحاق الحَنْظلي بيّن أنّ العِلَّة هي الكيل والوَزْن، وقوله ﷺ: «لا تَبيعوا الصَّاع بالصَّاعين، ولا الصَّاعين بالثَّلاثة»[1].

وهذا عامٌّ في كلِّ مكيلٍ سواءٌ كان مَطْعوماً أو لم يكن، ولأنَّ الحكمَ متعلِّقٌ بالكَيل والوَزْن، إمّا إجماعاً، أو لأنّ التَّساوي حقيقةً لا يُعْرَف إلا بهما.

وجعل العِلّة ما هو مُتَعلِّقُ الحكم إجماعاً، أو مُعرِّف للتَّساوي حقيقةً أولى من المصير إلى ما اختلفوا فيه، ولا يُعْرَفُ التَّساوي حقيقةً، ولأنّ التَّساوي والمُماثلةَ شرطٌ؛ لقوله ﷺ: «مِثْلاً بمِثْلٍ»[2]، وفي بعض الرِّوايات:

وعن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما: «إنَّ رسولَ الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ ـ وهو نوع جيد من أنواع التمر ـ فقال: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجَمْعَ ـ الرديء أو الخليط من التمر ـ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وكذلك في الميزان» في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧.

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصَّاع بالصَّاعين فإني أخاف عليكم الرماء، والرما هو الربا، فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت الرّجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل، قال: لا بأس إذا كان يداً بيد» في مسند أحمد ٢: ١٠٩، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٥، ١١٣: رواه الطبراني في الكبير، وفيه أبو جناب، وهو ثقة، ولكنَّه مدلس، والمراد ما يحلّ الصاع؛ إذ لا يجري الرِّبا في نفس الصاع، وهو عام فيما يحله، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٦.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «التمرُ بالتمر، والحنطةُ بالحنطة، والشعيرُ بالشعير،

«سَواءٌ بسَواءٍ»[1]، أو صيانةً لأموال النَّاس، والمماثلة بالصُّورة والمعنى أتمّ، وذلك فيما قُلْناه؛ لأنّ الكَيْلَ والوَزْن يوجبُ المُماثلةَ صُورةً، والجِنْسيّةُ تُوجِبُها معنىً، فكان أَوْلى.

وهذا أَصْلٌ ينبني عليه عامّةُ مَسائل الرِّبا، فنذكُرُ بعضَها تَنْبيهاً على الباقي لَمِن يتأمّلها، منها:

لو باع حَفْنَةَ طعام بحَفْنتين، أو تُفّاحةً بتفاحتين يجوز؛ لعدم الكيل والوَزْن.

ولو باع قَفيزَ جِصٍّ أو نُوْرَة بقفيزين أو رَطْلَ حديدٍ برَطْلين لا يجوز؛ لوجود العلّة، وهو الكَيْل أو الوَزْن.

وإذا ثَبَتَ أنّ العِلّة ما ذَكَرنا؛ (**فإذا وُجِدا حَرُمَ التَّفاضل والنَّساء**) عملاً بالعِلّة، (**وإذا عُدِما حَلّا**)؛ لعدم العِلّة المُحَرِّمة، ولإطلاقِ قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ} [البقرة: ٢٧٥].

والملحُ بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمَن زاد أو استزاد فقد أربى، إلاّ ما اختلفت ألوانه» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

(١) فعن عبادة بن الصَّامت رضي الله عنه: «نهى ﷺ عن بيع الذَّهب بالذَّهب، والفضّة بالفضّة، والبرّ بالبر، والشَّعير بالشَّعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمَن زاد أو ازداد، فقد أربى» في صحيح البخاري ١١: ٣٩٠، وصحيح مسلم ٣: ١٢١٠.

(وإذا وُجد أحدُهما خاصّة حَلَّ التَّفاضلُ وحَرُمَ النَّساء)[(١)]، أمّا إذا وُجد المعيارُ وعُدِمَ الجنسُ كالحنطة بالشَّعير والذَّهب بالفِضّة، فلقوله ﷺ: «إذا

(١) أنواع الربا:

الأول: ربا الفضل: وهو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال، فيخرج بالتعريف: فضل غير المتجانسين: كرطل من قمح برطلين من شعير؛ لأنَّ فيه عوض لصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

وعلته: القدر مع الجنس، ومعنى القدر: أي الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، فيحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً: كالجص من المكيلات، والحديد من الموزونات.

الثاني: ربا النسيئة: هو بيع ما وجد فيه الجنس أو القدر بلا قبض، أو القرض المشروط فيه الأجل وزيادة مال على المستقرض، والمقصود بالقبض هو الحقيقة في الصرف، وفيما يتعين بالتعيين هو تعيينه..

وعلّته: وهي الجنس أو القدر؛ لأنَّ اجتماعهما حقيقة العلة، فيكون لأحدهما شبهة العلة، فيحرم بحقيقة العلّة حقيقة الفضل ـ وهو القدر ـ؛ لأنَّه تفاضل حقيقة، ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل، وهو النَّساء؛ لأنّه يشبه الفضل، فليس بتفاضل حقيقة إعمالاً للدليل بقدره.

ويحرم النَّساء بالجنس والقدر وإن كان مع التَّساوي: كمئة كيلو قمح بمئة كيلو قمح أحدهما حال والآخر مؤجل ـ أي نسيئة ـ.

ويحرم النَّساء فقط بالجنس كبيع قلمين بقلم بلا قبض: أي تعيين، أو بالقدر: كبيع مئةٍ كيلو قمح بمئةِ كيلو شعير بلا قبض: أي تعيين.

ويحلُّ النَّساء بعدم الجنس والقدر كبيع فرس بمئةِ دينارٍ فلا يُشترط القبض؛ لعدم العلّة الموجبة للحرمة، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٨، و شرح الوقاية ص٥٤٥.

اختلف الجنسان، ـ ويروى: «النوعان»[١] ـ، فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»[٢].

وأمّا إذا وُجدت الجنسية وعُدِم المِعْيار كالهَرَويِّ بالهَرويِّ، فإنّ المُعَجّل خيرٌ من المؤَجَّل، وله فَضْلٌ عليه، فيكون الفَضْل من حيث التَّعجيل رباً؛ لأنّه فضلٌ يُمكن الاحتراز عنه، وهو مَشْروطٌ في العَقْد فيَحْرُمُ.

قال: (**وجيدُ مال الرِّبا ورديئه عند المُقابلة بجنسِهِ سَواء**)؛ لقوله ﷺ: «جيدُها ورديئها سَواء»[٣]، ولأنّ في اعتباره سَدَّ باب البِياعات فيَلْغو.

قال: (**وما وَرَد النَّصُّ بكيلِه، فهو كيليٌّ أبداً، وما وَرَدَ بوزنه فوزنيٌّ أبداً**) اتباعاً للنَّص[٤]، وعن أبي يوسف ﵁: أنّه يُعْتَبرُ فيه العُرْف أيضاً؛ لأنّ النَّصّ

---

(١) وردت لفظة: «اختلف النوعان» في المعجم الكبير١: ٣١٩، والآثار١: ١٨٧. وينظر: نصب الراية٤: ٤، والدراية٢: ١٤٧.

(٢) فعن عبادة بن الصامت ﵁، قال ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١، وسنن أبي داود٣: ٢٤٨

(٣) سبق تخريجه بمعناه عن أبي سعيد وأبي هريرة ﵄: «إنَّ رسولَ الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ ـ وهو نوع جيد من أنواع التمر ـ فقال: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجَمْعَ ـ الرديء أو الخليط من التمر ـ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وكذلك في الميزان» في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧.

(٤) نلاحظ من لفظ هذا الحديث وغيره عدم التَّنصيص على عدم جواز بيعها مكايلة،

وَرَدَ على عادتهم(١)، فتعتبر العادة، وما لا نَصَّ فيه يُعْتبرُ فيه العُرْف؛ لأنّه من الدَّلائل الشَّرعيّة.

قال: (**وعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فيه قبضُ عِوَضيه في المجلس**)؛ لقوله ﷺ:

وإنّما ورد النَّص بجواز بيعها متساوية، وهذه الأصناف الأربعة طريقة تقديرها في ذلك الزمان هي الكيل، فكان الكيلُ هو الوسيلة؛ لتحقيق المساواة التي طلبها الشَّارع، ولمّا كانت هذه الطَّريقة هي الشَّائعة في ذلك الزَّمان، ولم يُعرف غيرها في التقدير في هذه الأصناف وجدنا أبا حنيفة ومحمداً اقتصروا عليها كأداة وحيدة للتقدير في هذه الأصناف، ولم يعتبروا غيرها؛ لقوّة العرف في ذلك.

ويدل على صحة هذا الفهم الخلاف في المسألة مع أبي يوسف، فلو كانت النّصوص جازمة بأنّها مكيلة أو موزونة لما خالف أبو يوسف فيها، ولم يحصل من خلاف عند المذاهب الأخرى في علة الربا فيها، حيث لم يعتبروا الكيل والوزن، وإنما اعتبروا معاني أخرى الطعم والادخار، فكلّ هذا دلّ على أنها مسألة فهم واجتهاد، وليست مسألة نصّ جازم لا يجوز لنا تركه، كما يُفهم من كلام الشَّرّاح المنقول.

(١) فالبحث فيها هل النص مقصود بنفسه أو معلل، فعند أبي يوسف: معلل، وعندهما: غير معلل، فالمسألة ليست مسألة نصّ وعرف، بحيث يُترك أحدهما للآخر؛ لأنه لم يكن العرف يزاحم النصّ أصلاً؛ لأنّ الأحكام الشَّرعية لا تؤخذ إلا من الشارع الحكيم، ولا تؤخذ مطلقاً من العرف، وإنما يراعى العرف عند تطبيق الحكم الشرعي من الله ﷻ، فيكون العرف معرف ومرشد لصلاحية الحكم بتوفر علّة النصّ وعدم توفرها، وليس البحث أبداً في منافسة بين حكم الشارع وحكم العرف؛ لأنّ الحكم لا يكون إلا من الشارع، والعرف يساعدنا في فهمه وتطبيقه لا غير.

«الفِضّة بالفِضّة هاء وهاء، والذَّهب بالذَّهب هاءٌ وهاءٌ»[١]: أي يداً بيد.

(وما سواه من الرَّبويات يَكفي فيه التَّعيين)؛ لأنّه يتعيّن بالَّتعْيين ويتمكّن من التَّصرُّف فيه، فلا يُشترط قبضه كالثِّياب بخلاف الصَّرْف؛ لأنّ القَبْضَ شَرْطٌ فيه للتَّعيين، فإنّه لا يتعين بدون القَبْض على ما يأتي إن شاء الله تعالى، ومعنى قوله ﷺ: «يداً بيد»[٢]: أي عيناً بعين، وهو كذلك في رواية ابن الصَّامت رضي الله عنه.

قال: **(ويجوز بَيْعُ فِلْسٍ بفِلْسَين بأعيانها)**، وقال محمّد رضي الله عنه: لا يجوز؛ لأنّها أثمانٌ، فصارت كالدَّراهم والدَّنانير، وكما إذا كانا بغير أَعْيانهما.

ولهما: أنّ ثمنيَّتها بالاصطلاح، فيبطل به أَيضاً، وقد اصطلحا على إبطالها؛ إذ لا ولاية عليهما في هذا الباب، بخلاف الدَّراهم والدَّنانير؛ لأنّها خُلِقَت ثَمَناً، وبخلاف ما إذا كانا بغير أَعيانها؛ لأنّه بَيْع الكَالئ بالكَالئ، وهو مَنْهيٌّ عنه[٣].

---

(١) فعن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء» في صحيح البخاري٣: ٦٨، وصحيح مسلم٣: ١٢٠٩.

(٢) سبق تخريجه قبل أسطر عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه في صحيح مسلم٣: ١٢١.

(٣) فعن ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» في سنن الدارقطني ٣: ٧١، والموطأ ٢: ٧٩٧، وشرح معاني الآثار ٤: ٢١، والمستدرك ي٢: ٦٥، وصححه الحاكم، وقال الدارقطني: ليس في هذا حديث يصح، لكنَّ إجماع الناس على أنَّه لا يجوز بيع دين بدين، كما في تلخيص الحبير ٣: ٢٦.

قال: (**ولا يجوز بَيْعُ الحِنْطةِ بالدَّقيق ولا بالسَّويق ولا بالنُّخالة، ولا الدَّقيق بالسَّويق**)، والأصلُ فيه: أنّ شبهةَ الرِّبا وشبهةَ الجِنْسيّة مُلْحقةً بالحقيقةِ في باب الرِّبا احتياطاً للحُرْمة، وهذه الأشياءُ جنسٌ واحدٌ نظراً إلى الأصل، والمخلصُ هو التَّساوي في الكَيْل، وأنّه مُتَعَذِّرٌ لانكباس الدَّقيق في المِكيال أكثر من غيره، وإذا عُدِم المَخْلَصُ حَرُمَ البَيْع.

وكذا لا تجوز المَقَليّةُ بغير المَقْلِيّة ولا بالسَّويق والدَّقيق، ولا المَطْبوخةُ بغير المَطْبوخة؛ لتَعَذُّر التَّساوي بينهما بفعل العبد، وفِعْلُه لا يُؤثر في إسقاطِ ما شُرِطَ عليه.

ويجوز بيعُ المَبْلولة بمِثْلِها وباليابسةِ، والرَّطْبة بمِثْلِها وباليابسة؛ لأنّ التَّفاوتَ بينهما بصنع الله تعالى فيجوز.

وأمّا المَبْلولةُ؛ فلأنّها في الأصل خُلِقت نَدِيّةً، فالبِلُّ يُعيدُها إلى ما خُلِقت عليه كأنّها لم تتغيّر، فصارت كالسَّليمةِ بالمُسَوِّسةِ[1]، والعَلِكة[2] بالرَّخْوة.

وقال أبو يوسف ومُحمّد ﷺ: يجوز بيعُ الدَّقيق بالسَّويق؛ لأنّهما جِنسان نَظَراً إلى اختلاف المقصود، وجوابُه ما بَيَّنا، ولأنّ مُعْظَمَ المَقْصود التَّغذِّي، وهو يشملُهما.

---

(١) الحنطةُ المسوسة المدودة يُقال: سوّس الطَّعام إذا دوَّد من السُّوس، كما البناية٦: ٢٦٥.

(٢) الحنطة العَلِكة الجيدة، وقال ابن دريد: طعام علك تبين المضغة، وهي التي تكون كالعلك من صلابتها بتمدِّد من غير انقطاع، كما في البناية٦: ٢٦٥.

ويجوز بيعُ هذه الأَشْياء بعضُها ببعض متماثلاً للتَّساوي.

ويجوز بَيْعُ الخُبز[١] بالدَّقيق والحِنطة كيف كان؛ لأنّه عدديٌّ أو وزنيٌّ بكيليّ، وكذلك إذا كان أحدُهما نسيئةً والآخرُ نَقْداً، وفي هذه المسائل اختلافٌ وتَفْصيلٌ، والفَتْوىٰ علىٰ ما ذكرته.

قال: (**ويجوز بيعُ الرُّطب بالرُّطب وبالتَّمر مُتَماثلاً**)، وكذا التَّمرُ بالبُسْر والرُّطب بالبُسْر؛ لأنّ الجِنْسَ واحدٌ باعتبار الأصل، قال ﷺ: «التَّمرُ بالتَّمر مِثْلاً بمثل»[١]، وصار كاختلاف أنواع التَّمر.

---

(١) أي: خرج من أن يكون مكيلاً، فصار عددياً أو موزوناً، والبر والدقيق مكيل بالنص، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس، فلا توجد علة الربا، وهذا إذا كانا نقدين، أي: حكمُ الجوازِ إذا لم يكن أحدُ البدلين الذين هما الخبز والبرّ، أو الخبز والدَّقيق نسيئة، وإن كان الخبزُ نسيئةً والبرُّ والدقيقُ نقداً، فيجوزُ إذا ذكر وزناً معلوماً ونوعاً معلوماً، وبه يفتىٰ؛ لحاجةِ النَّاسِ إليه، لكن ينبغي أن يحتاطَ وقت القبض، حتىٰ يقبضَ من الجنسِ الذي سمّىٰ؛ لئلا يصير مستبدلاً بالمُسَلَّم فيه قبل القبض، أو كان البرُّ أو الدقيق نسيئةً والخبزُ نقداً، فيجوز؛ لأنَّه أسلمَ موزوناً في مكيل يمكنُ ضبطُ صفتِهِ ومعرفةُ مقدارِه.
وجوازه نسيئة عند أبي يوسف ﵁، ونص في الوقاية ص٥٤٧ علىٰ أنَّه مفتىٰ به، وفي التبيين ٤: ٩٥: لا يصح نسيئة علىٰ الأصح؛ لما ذكر ابن رستم ﵁ في نوادره: أنَّ علىٰ قول أبي حنيفةَ ومحمّد ﵄ لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنَّه يتفاوتُ بالعجن والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلَّةِ أفسد أبو حنيفةَ ﵁ استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتىٰ جازَ السَّلمُ في الثياب، ولم يجزِ القرضُ فيها، كما في كمال الدراية ق٤١٢-٤١٣.

وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: لا يجوز بيعُ الرُّطَب بالتَّمر؛ لما رُوي أنّه ﷺ سُئِل عنه فقال: «أوينقصُ إذا جَفَّ؟ قالوا: نعم، قال: لا إذاً»[٢]؛ ولأنّ الرُّطب يَنْكَبس أكثر من التَّمر.

ولأبي حنيفة ﷺ: ما رُوِي أنّه لما دَخَل العِراق سُئل عن ذلك، فقال يجوز؛ لأنّ الرُّطبَ إن كان من جنس التَّمر جاز؛ لقوله ﷺ: «التَّمرُ بالتَّمر مِثْلاً بمِثْل»، وإن لم يكن تمراً جاز؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النَّوعان فبيعوا كيف شئتم»، ورَدَّ ما روياه من الحديث، وقال: مداره على زيد بن عياش، وهو ضعيفٌ[٣]، ....

---

(١) سبق تخريجه في حديث ابن الصامت ﷺ في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.

(٢) فعن زيد أبي عياش ﷺ: «سمعت رسول الله ﷺ سئل عن الرُّطب بالتَّمر، فسأل من حوله أينقص إذا جفّ؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذاً» في المستدرك ٢: ٤٤.

(٣) قال ابن الهمام في فتح القدير٧: ٣٩: «المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش، وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي، قال الإمام الزيلعي المخرج: ليس ذلك بصحيح. قال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الدورقي، ويقال المخزومي، ويقال مولى بني زهرة المدني: ليس به بأس».

وفي البناية ٨: ٢٨٨: «قال الأترازي: ونقلوا التضعيف عن أبي حنيفة، ولكن لم يصحّ ضعفه في كتب الحديث، فمَن ادعى فعليه البيان.

وقال الكاكي: وفي «المبسوط»: دخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، وكانوا أشداء عليه؛ لمخالفته الخبر، فقال: الرّطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو لا إلى آخره، فأوردوا عليه حديث سعد ﷺ فقال: مداره على زيد بن عياش، وهو ممن لا يقبل

حتى قال عبد الله بن المبارك رضي الله عنه [١]: كيف يُقال: إنّ أبا حنيفة رضي الله عنه لا يَعْرِفُ الحديث، وقد عَرَفَ مثل هذا الإسناد، ولأنّه باع التَّمر بالتَّمر؛ لأنّ الرُّطبَ تمرٌ، قال صلى الله عليه وسلم لَمّا أهدي له رُطبٌ من خيبر: «أكل تمر خيبر هكذا»[٢]؟.

وقوله: «الرُّطب يَنْكَبِسُ أكثرَ من التَّمر»، قُلنا: هذا التَّفاوتُ نشأ من الصِّفات الفَطْرية، وأنّه موضوعٌ عنا فيما شُرط عَلَينا من رعاية المُماثلة؛ لأنّه جاء من قبل صاحب الحقّ، وقد تَعَذَّر الاحترازُ عنه، بخلافِ ما إذا جاء من جهة العبد على ما مَرّ آنفاً.

قال: (**ويجوز بَيْع اللَّحم بالحيوان**)، وقال مُحمّد رضي الله عنه: لا يجوز إذا باعه بجنسِه إلا بطريق الاعتبار، وهو أن يكون اللَّحْمُ المُفْرَزُ أكثرَ من اللَّحْم الذي في الشَّاةِ؛ ليكون الفاضل بالسَّقْط تحرُّزاً عن الرِّبا، وهو زيادةُ السَّقط، وصار كالزَّيت بالزَّيتون.

حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن، حتى قال ابن المبارك: كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه.
وقال الأكمل: سلمنا قوته في الحديث يعني قوة زيد بن عياش، لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور».

(١) وهو عبد الله بن المبارك بن واضح الحَنْظَلي بالولاء التَّميمي المروزي، أبو عبد الرحمن، وقال الذهبي: كان رأساً في الذكاء، رأساً في الشجاعة والجهاد، رأساً في الكرم، وقال الفزاري: ابن المبارك إمام المسلمين، من مصنَّفاته: «الجهاد»، و«الرَّقائق»، (١١٨-١٨١هـ). ينظر: وفيات٣: ٣٢٣٤، والعبر١: ٢٨٠-٢٨١.

(٢) سبق تخريجه قبل أسطر في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧.

ولهما: أنّه باع مَوْزوناً بعدديٍّ، ولا يُعرف ما فيه من اللَّحْم بالوَزْن؛ لأنّ الحيوانَ يُخفِّفُ نفسَه في الميزان مَرّةً ويُثقلُها أُخرىٰ، بخلاف الزِّيت والزَّيتون؛ لأنّ ذلك يُعرف عند أهل الخُبْرة به فافترقا.

قال: (**ويجوز بيع الكِرْباس بالقُطْن**)؛ لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيار، ولا خلاف فيه.

والقُطْنُ بالغَزْل يجوز عند مُحمّد ﷺ؛ لما ذكرنا[١]، خلافاً لأبي يوسف ﷺ للمجانسة، والفتوىٰ[٢] علىٰ قول مُحمّد ﷺ.

قال: (**ولا يجوز بَيْعُ الزَّيت بالزَّيتون، ولا السِّمْسِم بالشَّيْرَج، إلا بطريق الاعتبار**) تَحَرُّزاً عن الرِّبا وشبهتِه[٣].

---

(١) اختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً، فقيل: لا يجوز؛ لأنّ القطنَ ينقص بالغزل، فهو نظير الحنطة بالدَّقيق، وقيل: يجوز؛ لأنّ أصلَهما واحدٌ، فكلاهما موزون، وإن خرجا عن الوَزْن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحدٍ باثنين، كذا في «فتاوىٰ قاضي خان»، وبيع الغَزْل بالثَّوب جائزٌ، والكرباس بالقطن جائز، كيفما كان بالإجماع، كما في العناية٧: ٣٤.

(٢) ورحجه في مجمع الأنهر٢: ٨٧، والبحر٦: ١٤٤، وفي الحاوي، والتنوير٥: ١٨١: وهو الأصح.

(٣) ليكون قدره بمثله، والزائد بالثَّجير؛ لاتحاد الجنس بينهما معنىً باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلفا صورة، فيثبت بذلك شبهة المجانسة، والربا يثبت بالشبهة، فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم، ولو

وكذلك كلُّ ما شابهه كالعِنَبِ بدِبْسِهِ، والجَوْز بدُهْنِهِ، وأمثاله.

واللَّحمان أَجناسٌ مختلفةٌ يجوز بَيْعُ بعضُها ببعضٍ مُتَفاضلاً حتى لا يُكمَّلُ نصابُ بعضِها من الآخر، إلا أنَّ البَقَرَ والجَواميسَ جِنْسٌ، والمعزُ والضّأنُ جنسٌ، والبَخْتُ والعِرابُ جِنْسٌ.

وكذلك الألبانُ.

والشَّحْمُ والأَلْيَةُ جنسان، وشَحْمُ الجَنْب لحمٌ، ويُعرف تمامُه في الأيمان.

قال: (**ولا ربا بين المسلم والحربيّ في دار الحَرْب**)[1] خلافاً لأبي يوسف ﵁، وعلى هذا القمار؛ لأنَّ الرِّبا والقمار حرامٌ، ولا يُحِلُّ في دارهم كالمستأمن في دارنا.

لم يعلم أنَّ الخالص أكثر لا يجوز؛ لأنَّ المتوهم في الربا كالمتحقق، كما في شرح الوقاية ص٥٤٨، وتبيين الحقائق ٤: ٩٦.

فعن جابر ﵁: «إنَّه ﷺ نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر» في صحيح مسلم ٣: ١١٦٢، والمستدرك ٢: ٤٤.

وعن عمر ﵁: «إنَّ آخر ما نزل من القرآن آية الربا، وإنَّ رسول الله ﷺ قبض ولم يفسرها، فدعوا الرِّبا والريبة» في مسند أحمد ١: ٣٦، ٤٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٦٤، وقال الكناني في المصباح ٣: ٣٥: رجاله ثقات.

(١) فعن مكحول ﵁، قال ﷺ: «لا ربا بين أهل الحرب»، وأظنه قال: «وبين أهل الإسلام»، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٣٨٦: أخرجه البيهقي، وهو حديث مرسل، والمرسل حجة عندنا، وجهالة بعض المشيخة غير مضر؛ لأنَّ تلك الجهالة

بالنسبة إلينا لا بالنسبة إلى المجتهد؛ ولأنَّ مال الحربي ليس بمعصوم، بل هو مباح في نفسه، وقد طَيَّبَ نفسَ الكافر بما أعطاه، إلا أنَّ المسلم المستأمن منع من تملُّكه من غير رضاه؛ لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بدَّله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى، فكان الأخذَ استيلاءً على مال مباح غير مملوك، وإنَّه مشروع مفيد للملك، كالاستيلاء على الحطب والحشيش، كما في المبسوط ١٤: ٥٩، والبدائع ٥: ١٩٢.

إذا تمهَّد لك ما سَبَقَ فلا تَغْتَرَ بجوازِ ذلك في عصرنا؛ لأنَّ كبار علماء الحنفية قالوا بعدم جواز العقود الفاسدة بين المسلم والحربي في دار الكفر؛ لكثرة ما يترتب عليها من الضرر الظاهر؛ لأنَّ كثيراً من البلاد الكافرة يتوطَّن فيها آلاف، بل ملايين من المسلمين، ويقيمون فيها إقامة دائمة، ويلحقهم ضرر عظيم بالتعاملات الربوية وغيرها، كما أنَّ أموالَ المسلمين صارت في بنوكِ الغربيين فيتقوُّون بها علينا.

بسبب ذلك وغيره تظافرت فتاوى كبار علماء المذهب بالفتوى على قول أبي يوسف ﵁، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٤١٤: «فلا شك في كون التوقي عن الربا ولو مع الحربي في دار الحرب أحسن وأحوط وأزكى وأحرى خروجاً من الخلاف، وهو الذي ذهب إليه شيخنا حكيم الأمة، وأفتى به، واختاره ترجيحاً لقول أبي يوسف والجمهور ﵃».

وأجاب العثماني في بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٣٤٦ عن شراء منزل أو سيارة أو غيرها من البنوك الربوية في أوروبا وأمريكا، فقال: «إنَّ المعاملة المذكورة غير جائزة؛ لاشتمالها على الربا الحرام شرعاً، وينبغي للمسلمين وعددهم غير قليل أن يجتهدوا لإيجاد بدائل هذه المعاملة الموافقة للشريعة الإسلامية، بأن يكون البنك نفسه هو البائع بتقسيط، ويزيد في ثمن البيوت وغيرها عن الثمن المعروف، فيشتريها من الباعة، ويبيعها إلى زبائنها بربح مناسب، وينبغي أن تطرح هذه المسألة على لجنة مستقلة تكون

ولهما: أنّ مالَهم مباحٌ، إلا أنّه بالأمان حَرُمَ عليه التَّعرُّض بغير رضاهم تحرُّزاً عن الغَدْر ونَقْضِ العَهد، فإذا رضوا به حَلّ أَخْذُه بأيِّ طريق كان، بخلاف المستأمن؛ لأنّ مالَه صار محظوراً بالأَمان.

قال: (**ويُكره السَّفاتج**)، وهو قَرْضٌ استفاد به المقرضُ أَمْن الطَّريق؛ لقوله ﷺ: «كلُّ قَرْض جَرّ مَنْفعةً فهو ربا»[1].

وصورته: أنّ يُقرضَه دَراهم على أن يعطيَه عِوضها في بلدِه أو على أن يحميه في الطّريق.

بابُ السَّلم

وهو في اللُّغة[2]: التَّقديم والتَّسليم، وكذلك السَّلف.

لتخطيط نظام البنوك اللاربوية لتنظر في تفاصيلها».

وقال البرهاني في هامش الدرر المباحة ص٧٣: «إنَّ المقيمين اليوم من المسلمين في بلاد الحرب... لا يَحِلّ لهم التعامل مع الحربيين بأي شكل...».

(١) فعن علي رضي الله عنه قال ﷺ: «كلُّ قرض جر نفعاً فهو ربا» في مسند الحارث ١: ٥٠٠، ضعّفه المناوي في فيض القدير ٥: ٢٨، وجعله العزيزي في السراج المنير ٣: ٨٦ حسناً لغيره، وعن فضالة بن عبيد الله رضي الله عنه موقوفاً: «كل قرض جر منفعة فهو جوه من وجوه الربا» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٣٥٠، وغيره، قال اللكنوي في الفلك المشحون: «وهو وإن كان مُتكَلَّماً فيه سنداً لكنه تأيَّدَ بآثارِ الصَّحابةِ وعَمَلِ الأئمة».

(٢) لغةً: سلف في كذا، وأسلف وأسلم: إذا قدَّمَ الثمن فيه، كما في المغرب ص٢٣٢.

واصطلاحاً: هو بيع الشيء على أن يكون ديناً بالشرائط المعتبرة شرعاً.
فهو أخذ عاجل بآجل، وسمِّي هذا العقد به؛ لكونه معجّلاً على وقته، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣، وتبيين الحقائق ٤: ١١٠.
ومقوماته: مُسَلَّمٌ فيه: وهو المبيع، ورأس المال: وهو الثمن، ومُسَلَّم إليه: وهو البائع، ورب السَّلم: وهو المشتري، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣.
وشرائط السلم:
الأول: شرائط رأس المال خاصة:
١. بيان جنسه؛ كدراهم، أو دنانير، أو حنطة، أو تمر.
٢. بيان نوعه؛ كما إذا كان في البلد نقود مختلفة فنقول: دينار أردني.
٣. بيان صفته؛ كجيد، أو وسط، أو رديء.
٤. بيان قدره، إذا كان مما تعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات.
٥. أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، وهذا شرط بقاء السلم.
٦. بيان مكان إيفاء الثمن إن كان لحمله مؤنة.
ثانياً: شرائط المسلم فيه خاصة:
١. أن يكون معلوم الجنس: كحنطة أو شعير أو تمر.
٢. أن يكون معلوم النوع: كتمر إماراتي أو عراقي.
٣. أن يكون معلوم الصفة: كجيد، أو وسط، أو رديء.
٤. أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن أيدي الناس.
٥. أن يكون مما يمكن أن يضبطَ قدرَه وصفتَه بالوصفِ على وجهٍ لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوتٌ يسير.
٦. أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل.

وهو في الشَّرع: اسمٌ لعقدٍ يُوجبُ الملكَ في الثَّمن عاجلاً، وفي المُثْمَّن آجلاً.

وسُمّيَ به لما فيه من وجوبِ تَقْديم الثَّمَن.

وقال القُدُوريّ: السَّلَم في لُغة العَرَب: عَقْدٌ يتضمَّن تعجيلُ أَحَد البَدَلين وتأَجيل الآخر، وهو نَوْع من البَيْع، لكن لما اختصّ بحُكْمٍ، وهو تعجيلُ الثَّمن اختصّ باسم، كالصَّرف لما اختصَّ بوُجُوبِ تَعْجيل البَدَلين اختصّ باسم.

وهو عقدٌ شُرِع على خلافِ القِياس؛ لكونه بَيْع المَعْدوم، إلا أنا تركنا القياس بالكِتاب والسُّنّة والإجماع.

أمّا الكتاب فقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} [البقرة : ٢٨٢] قال ابنُ عَبَّاس: «أشهد أنَّ الله تعالى أَجازَ السَّلَم وأَنْزَل فيه أطول آية في كتابه وتلا هذه الآية»[1].

---

٧. أن يكون ممّا يتعيّن بالتَّعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين: كالدَّراهم.

٨. أن يكون مؤجلاً، حتى لا يجوز السَّلَم في الحال.

٩. أن يكون مؤجَّلاً بأجل معلوم.

١٠. بيان مكان إيفائه إذا كان له حملٌ ومؤنةٌ، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢١٥، وشرح الوقاية ص٥٥٧.

(١) فعن أبي حسان، قال ابن عباس رضي الله عنهما: «أشهد أنَّ السلف حسنة إلى أجل مسمى، قد أحلَّه الله في الكتاب، وأذن فيه، قال الله عز وجل: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى

وأمّا السَّنّة قوله ﷺ: «مَن أَسْلَمَ منكم، فَلْيُسْلِّم في كَيْل مَعْلومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلومٍ، إلى أَجَلٍ مَعْلومٍ»[1].

ورُوِي أنّه ﷺ «نَهَى عن بَيْع ما لَيْسَ عند الإنسان»[2]، و«رَخَّصَ في السَّلم»[3].

وعليه الإجماع.

ويُسمَّى بَيْع المَفاليس شُرِع لحاجِتهم إلى رأسِ المال؛ لأنّ أغلبَ مَن يَعْقِدَه مَن لا يكون المُسَلَّمُ فيه في ملكه؛ لأنّه لو كان في مُلْكِهِ يَبِيعُه بأَوْفر الثَّمنين، فلا يحتاج إلى السَّلَم.

أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]» في المستدرك ٢: ٣١٤، وصححه، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٨، والمعجم الكبير ١٢: ٢٠٥.

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وصحيح البخاري ٢: ٧٨١.

(٢) فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: «يا رسول الله، يأتيني الرَّجل فيُريد مني البَيْع ليس عندي أفأبتاعه له من السُّوق؟ فقال: لا تَبِع ما ليس عندك» في سنن أبي داود٣: ٢٨٣، وسنن الترمذي٣: ٤٢٦، وسنن ابن ماجة٢: ٧٣٧.

(٣) ورد بمعناه في أحاديث السلم، ومنها: عن ابن أبي أوفى رضي الله عنه، قال: «إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والزبيب والتمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٥.

ويَنْعَقِدُ بلفظِ: السَّلَم، وهو أن يَقول: أَسْلَمْتُ إليك عَشْرةَ دَراهم في كُرّ حِنْطةٍ؛ لأنّه حقيقةٌ فيه.

وبلفظ السَّلف أيضاً؛ لأنّه بمعناه.

وبلفظ: البَيْع في رواية الحَسَن ﵁؛ لأنّه نَوْعُ بَيْع، وفي رِوايةِ: «المجرد»: لا، والأوَّل أصحّ[1].

قال: (**كلُّ ما أَمْكنَ ضَبْطُ صِفَتِه ومَعْرفةُ مِقْدارِه جاز السَّلَم فيه**)؛ لأنّه لا يؤدِّي إلى المُنازعة، (**وما لا فَلا**)؛ لأنّه يكون مجْهولاً فيؤدِّي إلى المُنازعة، وهذه قاعدةٌ يُبْتَنَى عليها أكثرُ مَسائل السَّلَم.

ولا بُدّ من ذِكْر بعضِها ليعرف باقيها بالتَّأمّل فيها فنقول:

يجوز في المَكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة: كالجوز والبَيْض؛ لأنّه يُمكن ضَبْطُ صِفَتِهِ ومَعْرفةِ مِقْداره.

ولا يجوز في العَدَديات المُتَفاوتة كالبَطِّيخ والرُّمان وأَشباههما.

ولا في الجَوْهَر والخَرَزِ؛ لأنّه لا يُمكن فيه ذلك.

ويجوز في الطَّسْت[2] والقُمْقُم[3] والخُفَّين ونحوها؛ لما ذكرنا.

---

(١) واختاره في البدائع٥: ٢١١، وهو الأصح كما في البحر ٣: ٤٦٨، والمحيط والتبيين، كما في الشرنبلالية٢: ١٩٤.

(٢) الطِّسْت: لفظ مُعَرَّب، إناء كبير مستدير يوضع فيه الماء للغُسْل، كما في معجم الفقهاء١: ٢٩١.

(٣) القُمْقُم: لفظ مُعَرَّب جمع قماقم، ما يُسخن فيه الماء من نحاس عادة، ويكون ضيق

ولا يجوز في الخبز؛ لتفاوته تَفاوتاً فاحشاً بالثَّخانة والرِّقّة والنُّضج، ويجوز عندهما، وهو المُختار[1]؛ لحاجة النَّاس.

ولا يجوز استقراضه عند أبي حنيفة؛ لتفاوته عدداً من حيث الخِفّة والثِّقل، ووزناً من حيث الصَّنعة.

وعند أبي يوسف رضي الله عنه: يجوز وَزْناً لا عَدَداً؛ لأنّ الوَزْن أعدل[2].

وعند مُحمَّد: يجوز بهما، وهو المختار[3]؛ لتعامل النَّاس به وحاجتُهم إليه.

قال: (**وشرائطه: تسميةُ الجِنس والنَّوع والوَصْفِ والأَجل والقَدْر، ومكانِ الإيفاء إن كان له حملٌ ومؤونةٌ، وقدرِ رأسِ المالِ في المكيل والمَوْزونِ**

الرأس، كما في معجم الفقهاء١: ٣٧٠.

(١) جوازه نسيئةً هذا عند أبي يوسف، ونص في الوقاية ص٥٤٧، على أنَّه مفتى به، وفي التبيين ٤: ٩٥: لا يصح نسيئة على الأصح؛ لما ذكر ابن رستم في نوادره: أنَّ على قول أبي حنيفةَ رضي الله عنه ومحمّد رضي الله عنه لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنَّه يتفاوتُ بالعجن، والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلِّةِ أفسد أبو حنيفةَ استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتى جازَ السلمُ في الثياب، ولم يجزِ القرضُ فيها، كما في كمال الدراية ق٤١٢-٤١٣.

(٢) في الوقاية: «ويستقرضُ الخبزَ وزناً لا عدداً عند أبي يوسف، وبه يُفْتَى».

(٣) اختار صاحب التنوير ص١٣٦ رأي محمد، واستحسنه ابن الهمام في فتح القدير٦: ١٧٦، وأقرّه صاحب الشرنبلالية٢: ١٨٩، وقال صاحب الدر المختار٤: ١٨٧: وعليه الفتوى، وابن عابدين في رد المحتار٤: ١٨٧.

والمَعْدودِ، وقَبْضِ رأسِ المال قَبْل المُفارقة)؛ لأنّ بذكر هذه الأَشياء تُنفى الجَهالة وتُقطع المنازعة، وعند عدمها يكون المُسْلَّم فيه مجهولاً، فتُفْضِي إلى المُنازعة.

فالجِنْسُ: كالحِنْطةِ والتَّمْر.

والنَّوْعُ: كالبَرْنِي، والمَكْتوم في التَّمر، وفي الحِنْطة كسَهْلِيّة وجَبَلِيَّةِ.

والوَصْف: كالجَيِّدِ والرَّديء.

والأَجل: كقوله: إلى شَهْر ونحوه، وهو شَرْط، قال ﷺ: «إلى أجل معلوم»[1]، ولما بَيَّنا أنّه شُرِع دَفْعاً لحاجة المفاليس، فلا بُدّ من التَّأجيل ليَقْدِرَ على التَّحْصيل.

وتقديرُه إلى المُتعاقدين، ذَكَرَه الكَرْخيّ رضي الله عنه، وعن الطَّحاويّ رضي الله عنه: أقلُّه ثلاثةَ أيام، رَواه عن أصحابنا[2] اعتباراً بمُدّة الخِيار، ورَوَى عنهم[3]: لو شَرَطَ نصفَ يوم جاز؛ لأن أَدْنى مُدّة الخِيار لا تتقدَّر، فكذلك أجل المسلم، وعن محمّد رضي الله عنه: شَهْر، وهو الأَصَحّ[4]؛ لأنّه أَدْنى الآجل، وأقصى العاجل.

---

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

(٢) وهو ما ذكرَهُ أحمد بن أبي عمرانَ البغداديِّ رضي الله عنه أستاذُ الطحاويِّ رضي الله عنه عن أصحابنا: اعتباراً بخيارِ الشرط، وليس بصحيح، فأمّا أدناه فغيرُ مقدَّر، كما في العناية٦: ٢١٨.

(٣) قائله أبو بكر الرزاي، كما في المبسوط١٢: ١٢٧.

(٤) وعليه الفتوى، كما في فتح القدير٦: ٢١٩، ورد المحتار٥: ٢١٥.

وأمَّا القَدْرُ: فقوله: كذا قَفِيزاً، وكذا رَطْلاً، وهو شَرْطٌ؛ لقوله ﷺ: «فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعلوم ووَزْنٍ مَعْلون»[١].

وأمّا مَكانُ الإيفاء، فقولنا في مكان كذا، وإنّما يُشترط إذا كان له حِمْلٌ ومؤونة.

وقالا: لا يُشْترط ويُوفيه في مكانِ العقدِ؛ لأنّ مكان العقد متعيّن؛ لعدم المُزاحمة كما في البَيْع، وكما فيما لا حَمْل له.

وله: أنَّ التَّسليمَ غيرُ واجبٍ في الحال، وإنّما يجب إذا حَلَّ الأجل، ولا يدرى أين يكون عند حلولِه، فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قَطْعاً للمُنازعة، ولأنّ القيمة تختلف باختلاف الأماكن، بخلاف البَيْع؛ لأنّه يوجبُ التَّسليم في الحال، ولا منازعة فيما لا حمل له.

وعلى هذا الخِلافِ الأُجْرةُ والثَّمنُ إذا كان له حِمْلٌ، والقِسْمةُ وهو أن يزيد على أحد النَّصيبين شيئاً له حِمْلٌ ومؤونةٌ، وإذا شَرَط مكاناً يتعيّن عَملاً بالشَّرْط.

وأمَّا ما ليس له حِمْلٌ ومؤونةٌ: كالمِسْكِ والكافور ونحوهما لا يُشْتَرط ذلك بالإجماع، وهل يتعيَّنُ مكان العَقْد؟ عنه روايتان، الأَصحُّ[٢] أنّه يتعيّن.

ولو شَرَط له مكاناً، قيل: لا يتعيَّن؛ لعدم الفائدة، وقيل: يتعيّن للفائدة؛

---

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

(٢) وصححها في تحفة الفقهاء٢: ١٤.

لأنّ قيمة العَنْبر في المصر أكثر منها في السَّواد، ولأنّ فيه أَمْن خَطَر الطَّريق.

وأمَّا بَيان قدر رأس المال، فمذهب أبي حنيفة، وقالا: يكتفي بالإشارة؛ لأنّه يصيرُ مَعْلوماً بها، وصار كالثَّوْب إذا كان رأس المال.

له: أنّه يُفْضي إلى المُنازعة؛ لأنّه رُبّما يجدُ بعضها زُيوفاً، وقد أَنْفق البَعْض فيَرُدُه، ولا يستبدل في المجلس، وفي المِثْليات يَنْقسمُ المُسَلَّم فيه على قدر رأس المال، فيَنْتَقِضُ السَّلَم بقدرِ ما رَدّ، ولا يَدْري قَدْر الباقي، فيُفْضي إلى المُنازعة، والموهومُ في هذا العَقدِ كالمُتَحقِّق لشرعيَّتِه على خلاف القياس، بخلاف الثَّوْب؛ لأنّ العَقْدَ لا يتعلَّقُ على مِقْداره.

وعلى هذا إذا أَسْلَم في جنسين ولم يُبَيِّن رأس مال كلّ واحدٍ منهما، أو أَسلم الدَّراهم والدَّنانير ولم يُبَيِّن مقدار أحدهما.

وصُورة المسألة أن يقول: أَسْلَمت إليك هذه الدَّراهم في كُرِّ حِنْطة ونَحْوه، أو أَسْلمت إليك هذه الدَّراهم العَشْرة، وهذه الدَّنانير في كذا، أو يقول: أَسْلَمتُ إليك عشرةَ دَراهم في كُرِّ حِنْطة وكُرِّ شَعِير، أو في ثَوْبين مُخْتلفين ولم يُبَيِّن حِصّة كلّ واحد منهما.

ولو كان رأسُ المال غَيْرَ مِثْليّ كالثَّوب والحَيْوان يجوز، وإن لم يَعْلَم قيمتَه وذَرْعَه؛ لأنّ المُسَلَّمَ فيه لا يَنْقسم على عددِ الذُّرعان؛ لتفاوتها في الجُودة، ولا على القِيمة؛ لأنّها غيرُ داخلةٍ في العَقْد، فلا يُفيدُ معرفتُها فلا يُعتبرُ.

وأمّا قبضُ رأس المال قَبْل المُفارقة؛ فلأنّ السَّلَمَ أخذُ عاجل بآجل على ما مرّ، فيجب قبضُ أحد البَدَلين؛ ليتحقّق معنى الاسم، ولا يجب قبض المُسَلَّم فيه في الحال، فيجب قبضُ رأس المال.

ثم إن كان رأسُ المال ديناً يصير كالِئاً بكالئ وإنّه منهيٌّ عنه(١).

وإن كان عَيْناً، فالقياسُ: أنّ القَبْض ليس بشرطٍ؛ لأنّه يتعيّن، فقد افترقا عن دين بعينٍ، والاستحسان: أنّه شَرْطٌ عَمَلاً بالخبر، ومُقتضى لفظ السَّلَم، ولهذا لا يجوز فيه خِيار الشَّرْط؛ لأنّه يَمْنع صحّة التَّسليم، فيُخِلُّ به.

ولا يجوز أَخْذُ عِوض رأس المال من جنس آخر؛ لأنّه يُفوِّت قبضَ رأس المال المشروط.

وكذا لا يجوز الإبراء منه؛ لما بَيَّنّا، فإن قَبِل الإبراء سَقَطَ القَبْضُ وبَطَلَ العقدُ، وإن رَدَّه لم يَبْطل؛ لأنّه صحّ بتراضيهما، فلا يبطل إلا بتراضيهما.

فإن أَعطاه من جنس أَرْدأ منه، ورَضِي المُسَلَّم إليه به جاز؛ لأنّه ليس بعِوَض وإن خالفَ في الصِّفة.

وكذلك إن أَعْطى أَجْود منه، ويُجْبَرُ على الأخذ خلافاً لزُفر رضي الله عنه، له: أنّه تَبَرَّعَ عليه بالجُودة، فله أن لا يَقْبَل.

ولنا: أنّ الجُودة لا تُخْرجه عن الجِنْس، وهي غيرُ مُنْفردةٍ عن العَيْن، فلا يُعْتَبَرُ فيه الرِّضى إذا تَبَرَعَ بها: كالرُّجحان في الوَزْن.

---

(١) سبق تخريجه عن ابن عمر رضي الله عنهما في سنن الدارقطني ٣: ٧١، والموطأ ٢: ٧٩٧.

وأمَّا المُسَلَّم فيه، فالإبراءُ عنه صحيحٌ؛ لأنّه دَيْنٌ لا يجب قبضُه في المجلس، فيصحُّ الإبراءُ عنه كسائر الدِّيون.

ولا يجوز أن يأخذ عِوَضَه من خلافِ جِنْسِه، قال ﷺ: «مَن أَسْلَم في شيءٍ، فلا يَصْرِفه إلى غيره»[1]، وعن الصَّحابة ﷺ موقوفاً ومرفوعاً: «ليس لك إلا سَلَمَكَ أو رأس مالك»[2]، فإن أعطاه من الجنسين أجود أو أردأ جاز على ما تَقَدَّمَ.

وشَرْطٌ آخر: وهو أن لا يجتمعَ في البَدَلين أحدُ وَصْفي عِلّة الرِّبا، حتى لا يجوز إسلام الهَرَويِّ في الهَرَويِّ، ولا إسلامُ الكيليِّ في الكيليِّ كالحِنْطة في الشَّعير، ولا الوَزْني في الوَزْني كالحَديد في الصُّفْر أو في الزَّعْفَران ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يَدَاً بيدٍ، ولا خَيْرَ في نسيئةٍ»[3].

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري ﷺ، قال ﷺ: «مَن أَسْلَف في شيءٍ، فلا يصرفه إلى غيره» في سنن أبي داود٣: ٢٧٥، وسنن ابن ماجة٢: ٧٦٦، وسنن الدارقطني٣: ٤٦٤، وهو حديث حسن، كما في الإخبار٢: ١٧٥.

(٢) فعن إبراهيم، قال عمر ﷺ: «إذا أسلمت في شيء، فلا تبعه حتى تقبضه، ولا تصرفه في غيره» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٣٢.

وعن ابن عباس ﷺ: «إذا أسلمت في شيء، فلا بأس أن تأخذ بعض سلمك وبعض رأس مالك، فذلك هو المعروف» في السنن الصغير للبيهقي٢: ٢٨٥، وسنن البيهقي الكبير٦: ٤٥.

(٣) سبق تخريجه: «مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف،

وهذا مَطَّردٌ إلا في الأَثمان، فإنّه يجوز إسلامُها في الوَزْنيات ضرورةً لحاجة النَّاس، ولأنّ الأثمانَ تُخالف غيرها من الوَزْنيات في صِفةِ الوَزْن؛ لأنّها تُوزن بصَنْجات الدَّراهم والدَّنانير، وغيرها يُوزَنُ بالأَرْطال والأَمْنان، والأَثْمانُ لا تتعيَّنُ بالتَّعيين، وغيرُها يَتَعيَّن فلم يجمعهما أحُد وَصْفي العِلّة من كلِّ وجهٍ، فجاز إسلام أحدهما في الآخر.

ولو أَسْلَم مَكيلاً في مَكيل ومَوْزونٍ ولم يُبيِّن حِصّة كلِّ واحدٍ منهما، كما إذا أسلم كُرَّ حِنطةٍ في كُرِّ شَعير وعَشْرة أَرْطال زيت، فإنّه يَبْطلُ في الكلّ.

وقالا: يجوز في حِصّة المَوْزون بناءً على أنّ الصَّفقة متى فَسَدَت في البَعض فسدت في الكُلِّ عنده، وعندهما يفسدُ بقدر المُفْسد؛ لأنّه وُجِد في البعض، فيَقْتَصِرُ عليه، كما إذا باع عبدين أحدُهما مُدبَّرٌ.

وله: أنّه فسادٌ قويٌّ تمكّن في صُلْب العَقْد، فيَشيع في الكُلّ، كما إذا ظَهَرَ أحد العبدين حرّاً أو أحد الدَّنَيْن خَمْراً، بخلاف المُدَبَّر، فإنّ حُرمةَ بيعه ليس مجمعاً عليه.

ولا يجوز السَّلَمُ في ما لا يَتَعيّن بالتّعيين: كالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنَّ البَيْع بهما يجوز نسيئةً، فلا حاجة إلى السَّلَم فيهما، وهل يجوز في التِّبْر؟ فيه روايتان.

ويجوز في الحُلِيِّ؛ لأنّه يتعيّنُ.

وفي الفلوس عندهما خلافاً لُمحمّد ﵁، وقد مَرّ.

فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

قال: (**ولا يَصِحُّ في الْمُنْقَطِع**)، بمعنى أنّه لا بُدّ من وجودِه من وقتِ العَقْدِ إلى وقتِ المَحَلّ؛ لأنّ القُدْرة على التَّسليم إنّما تكون بالقُدْرةِ على الاكتساب في المُدّة، وفي مُدّة انقطاعه لا يَقْدِرُ على ذلك، ورُبَّما أَفْضى إلى العَجْز عن التَّسليم وقت المحلّ، وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «لا تُسْلِفوا في الثِّمار حتى يَبدو صَلاحُها»[1]، والانقطاعُ أن لا يُوجدَ في سُوقِه الذي يُباع فيه وإن كان يوجد في البُيوت.

ولا يجوز فيما لا يُوجد في ذلك الإقليم كالرُّطب في خُراسان، وإن كان يوجد في غيره من الأَقاليم؛ لأنّه في معنى المُنْقطع.

ولو حَلَّ السَّلَم فلم يقبضه حتى انقطع، عن أبي حنيفة ﵁: أنّه يَبْطُلُ السَّلَم، وقيل: إن شاء انتظر وجوده، وإن شاء أخذ رأس ماله، كإباق العَبْد المبيع وتَخَمُّرِ العَصِير قَبْلَ القَبْض.

---

(١) فعن ابن عُمر ﵄، قال: «إنَّ رجلاً أسلم في حديقة نخل في عَهْد رسول الله ﷺ قبل أن يطلع النَّخل، فلم يطلع النَّخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: هو لي حتى يطلع، وقال البائع: إنّما بعتُك النَّخل هذه السَّنة، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال للبائع: أخذ من نخلك شيئاً، قال: لا، قال: فبم تستحلُّ ماله، اردد عليه ما أخذت منه، ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه» في سنن أبي داود ٣: ٢٧٦، وسنن ابن ماجه٢: ٧٦٧، واللفظ له، والمعجم الأوسط ٥: ٥٦، ومصنف ابن أبي شيبة ٦: ١٤، وفي لفظ: « نهى ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الوَرِق نساءً بناجز» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٣، وينظر: نصب الراية ٤: ٤٩.

قال: (**ولا في الجَوْهَر**)؛ لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً، حتى لو لم تتفاوت كصِغار اللؤلؤ الذي يُباع وَزْناً، قالوا: يجوز؛ لأنّه وَزْنيٌّ.

قال: (**ولا في الحَيْوان ولحمِه وأطرافِه وجلودِه**)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن السَّلَم في الحَيْوان»[1]؛ لأنّه مما يتفاوت آحاده تَفاوتاً فاحشاً باعتبار معانيه الباطنة، وذلك يُوجِبُ التَّفاوت في الماليّة، فيُؤدّي إلى النِّزاع.

وأمّا اللَّحْمُ فمذهب أبي حنيفة ، وقالا[2]: إذا سَمَّى من اللَّحْمِ مَوْضعاً معلوماً بِصفةٍ مَعْلومةٍ جاز؛ لأنّه وزنيٌّ مَعْلوم القدر والصِّفة فيجوز.

وله: أنّه يَتَفاوت تَفاوتاً فاحِشاً بكبر العِظْم وصِغَره، فعلى هذا يجوز في مَنْزوع العَظم، وهي روايةُ الحَسَن ، ويتفاوت بالسِّمَن والهُزال أيضاً، فعَلَى هذا لا يجوز أصلاً[3]، وهو رواية ابنِ شُجاع[4].

---

(١) فعن ابن عبّاس : «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن السَّلف في الحيوان» في المستدرك ٢: ٦٥، وصححه، وسنن الدارقطني ٣: ٧١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٢٢، ومصنف عبد الرزاق ٨: ٢٣، ومسند ابن الجعد ١: ٤٩.

(٢) في «الحقائق والعيون»: والفتوى على قولهما، كما في البناية٨: ٣٤١.

(٣) وصححها في الهداية٨: ٣٤١.

(٤) وهو محمد بن شجاع الثَّلْجِيّ، أبو عبد الله، كان فقيه العراق في وقته، والمقدم في الفقه والحديث مع ورع وعبادة، من مؤلفاته: «تصحيح الآثار»، و«النوادر»، و«المضاربة»، (ت٢٦٦هـ). ينظر: الفوائد ص٢٨١-٢٨٢، والعبر٢: ٣٣.

ولو استهلك لحماً ضَمِنَه بالقيمةِ عند أبي حنيفة ﵁ ذكره في «المُنتقى»، وقال في «الجامع» بالمِثْل[١].

ويجوز استقراضُه في الأَصحّ[٢].

والفَرْقُ لأبي حنيفة ﵁: أنّ القَرْضَ والضَّمان يجبان حالاً، فتكون صفتُه معلومةً، ولا كذلك السَّلَم.

وأمّا أطرافُه وجلودُه؛ فلأنّها عدديٌّ مُتفاوتٌ تفاوتاً يُؤدِّي إلى المُنازعة، والمرادُ بالأَطراف الرُّؤوس والأَكارع.

أمّا الشُّحوم والأَلْيَة يجوز السَّلَم فيها؛ لأنّها وزنيٌّ معلومُ القَدْر والصِّفة.

قال: (**ويصحُّ في السَّمكِ المالِح وَزْناً**)؛ لأنّه لا يَنْقطعُ.

وكذلك الطَّرِيُّ الصِّغار في حِينه[٣].

---

(١) قال أبو المعين النَّسفيّ في «شرح الجامع الكبير»: قول محمّد ﵁ في هذه المسألة: كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم، نصٌّ على أنّ اللحمَ مضمونٌ بالقيمة دون المثل، ولا توجد الرِّواية أنّه من ذوات القِيَم، وليس بمثليّ، إلا في هذا الموضع، يعني في «الجامع الكبير»؛ ولهذا قال صاحب «الفتاوى الصغرى»: تضمين اللَّحم بالمثل قولهما، ثم قال: ورأيت في «المنتقى»: روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا استهلك لحماً، قال: عليه قيمته»، كما في رمز الحقائق٢: ٥٢.

(٢) مشى عليه في المبسوط١٢: ١٣٧، والبزازية٤: ٢٦.

(٣) يعني أن يكونَ السَلَمُ مع شروطِهِ في حينه كيلا ينقطعَ بعد العقدِ والحلول، وإن

وفي الكِبار عن أبي حنيفة ﵁ روايتان[١]، المختار[٢] الجَواز، وهو قولهما؛ لأنّ السِّمَن والهُزال غيرُ معتبر فيه عادةً. وقيل[٣]: الخِلاف في لحم الكِبار منه.

قال: (**ولا يَصِحُّ بمكيالٍ بعينِه لا يُعْرَفُ مِقدارُه**)؛ لأنّه رُبّما هَلَكَ المِكيال قبل حلول الأجل، فيَعْجَزُ عن التَّسليم.

وكذا ذِراعٌ بعَيْنِه، أو وَزْنُ حَجَرٍ بعَيْنِه.

ولا بُدّ أن يكون المِكيال ممَّا لا يَنْقَبِضُ ويَنْبَسِطُ كالخَشَبِ والحديدِ؛ ليكون معلوماً، فلا يُؤدي إلى النِّزاع.

أمّا ما يَنْقَبِضُ ويَنْبَسِطُ كالجِرابِ والزَّنْبيل[٤] يَزْدادُ ويَنْتَقِصُ فيُؤدي إلى النِّزاع.

كان في بلدٍ لا ينقطعُ جازَ مطلقاً، فأمَّا المليح فإنّه يدَّخرُ ويباعُ في الأسواقِ فلا ينقطعُ حتى لو كان ينطقعُ في بعضِ الأحيانِ لا يجوز، كما في رد المحتار٤: ٢٠٤.

(١) في رواية: لا يجوز طرياً كان أو مالحاً: كالسلم في اللحم؛ لاختلافها بالسِّمَن والهُزال كاللحم، وفي رواية: يجوز كيف ما كان وزناً؛ لأنّ التَّفاوت بين سَمينه ومَهزوله لا يُعَدُّ تَفاوتا عادةً لقلّته، كما في البدائع٥: ٢١١.

(٢) مشى عليه في رد المحتار٥: ٢١١.

(٣) عن أبي حنيفة: في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السَّلَم في لحمها اعتباراً بالسَّلَم في اللحم، «فتح»، كما في رد المحتار٥: ٢١١.

(٤) الزِّنْبيل: الجراب، وقيل: الوعاء يحمل فيه، والجمع زنابيل، ، كما في اللسان٣: ١٨٠٨.

قال: (**ولا في طَعام قَرْيةٍ بعينِها**)؛ لأنّه قد لا يَسْلَمُ طَعامُها، إمّا بآفةٍ أو لا تُنْبِتُ شيئاً، وكذا ثمرةُ نَخْلةٍ بعينِها، قال ﷺ: «أرأيت لو أذهب الله الثَّمرة بِمَ يستحلُّ أحدُكم مال صاحبه»[1]؟ وروي أنّه ﷺ: «أسلم إلى زيدٍ بن سَعْنة في تمر فقال: أسلم إليّ في تمر نَخْلة بعينِها، فقال ﷺ: أمّا في تمر نَخْلة بعينِها فلا»[2].

قال: (**ويجوز في الثِّياب إذا سَمَّى طُولاً وعَرْضاً ورُقْعة**)؛ لأنّه إذا ذُكِرَ مع

---

(١) قال المخرجون: هذا الحديث إنما ورد في البيع لا في السلم، فعن أنس ﷺ: «أنّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحلّ مال أخيك» في صحيح البُخاري٣: ٧٨، وصحيح مسلم٣: ١١٩٠.

وعن جابر ﷺ، قال ﷺ: «لو بعتُ من أَخيك ثمراً، فأصابته جائحةٌ، فلا يحلُّ لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أَخيك بغير حق؟» في صحيح مسلم٣: ١١٩٠.

وعن ابن عمر ﷺ: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» في صحيح مسلم ٣: ١١٦٥،

(٢) فعن عبد الله بن سلام ﷺ: «إن الله تبارك وتعالى لما أراد هدى زيد بن سعنة...، قال زيد بن سعنة: فدنوت إليه ﷺ فقلت له: يا محمّد، هل لك أن تبيعني تمراً معلوماً من حائط بني فلان إلى أجل كذا وكذا؟ فقال: لا يا يهودي، ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى أجل كذا وكذا، ولا أسمي حائط بني فلان، قلت: نعم، فبايعني ﷺ، فأطلقت هميانى، فأعطيته ثمانين مثقالا من ذهب في تمر معلوم إلى أجل كذا وكذا...» في صحيح ابن حبان١: ٥٢١.

الجِنْس والنَّوع والصِّفة، فالتَّفاوت بعده يسير غيرُ معتبر، وهذا استحسانٌ لحاجة النَّاس إليه.

وهل يشترط الوَزْن في الحَرير؟ الأَصحُّ اشتراطُه[1]؛ لأنَّ التَّفاوتَ فيه من حيث الوَزْن معتبرٌ، وقيل: إن كان إذا ذَكَرَ الطُّول والعَرْض والرُّقْعة لا يَتفاوتُ وزنُهُ لا حاجةَ إلى ذكر الوَزْن؛ لعدم التَّفاوت، وإن كان يختلف وزنُهُ، فلا بُدّ من ذكر الوَزْن، واختاره القُدُوريّ.

وإذا أطلقَ الذِّراع فله الوَسَط، إلا أن يكون مُعتاداً فله المُعتاد.

قال: (**وفي اللَّبِن**[2] **إذا عيّن المِلْبَن**)؛ لأنّه عدديٌّ متقاربٌ إذا بَيَّن المِلْبَن، وكذلك الآجر، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: لو باع مئة آجرّة من أَتُون[3] لا يجوز للتَّفاوت في النُّضج.

قال: (**ولا يجوز التَّصرُّفُ في المُسَلَّم فيه قَبْلَ القَبْض**)؛ لأنّه مَبيعٌ، وقد بَيّنا أنّ التَّصَرُّف في المبيع قبل القَبْض لا يجوز.

---

(١) الصحيحُ أنّه يشترط، وإليه مال شمس الأئمة السَّرَخْسيُّ، وهكذا ذكر في «شرح القدوري»؛ لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن، كما في المحيط٧: ٧٩.

(٢) اللَّبِن: وهي التي تتخذ من طين ويبنى بها، كما في المغرب ص٤٢١.

(٣) ذكر بعضُهم: أنه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون، وفي عرف بلادنا يُسمونه قميناً أو قميراً، وهو الذي يُبْنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل جيراً؛ لأنه يتفاوت في النُّضج تفاوتاً فاحشاً، فلا يجوز بيعه، كما في فتح القدير٧: ١١٣.

وكذلك الشَّركةُ والتَّوليةُ[1]؛ لأنّهما تصرُّفٌ.

(ولا في رأس المال قَبْلَ القَبْض)؛ لأنّه يجبُ قَبْضُهُ للحال؛ لما بَيَّنّا، فإذا تَصَرَّف فيه فات القبض، فلا يجوز.

فصل [في الاستصناع]

(وإذا استصنع[2] شيئاً جاز استحساناً).

---

(١) أي لا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه كالشركة والتولية قبل قبضه؛ لأنَّ المسلم فيه مبيعٌ، والتصرَّفُ فيه قبل القبض لا يجوز، ولرأس المال شبه بالمبيع، فلا يجوز التصرَّف فيه قبل القبض، ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز.
وصورة الشَّركة: أن يقول ربُّ السلم لآخر: أَعْطني نصف رأس المال؛ ليكون نصف المُسَلَّم فيه لك.
وصورة التَّولية: أن يقول رَبُّ السَّلَم لآخر: أعطني مثل ما أعطيت للمسلَّم إليه حتى يكون المُسَلَّم فيه لك، كما في شرح الوقاية ص٥٥٧، ومجمع الأنهر ٢: ١٠٣.
(٢) الاستصناع: لغةً: طلب الصنع وسؤاله، كما في طلبة الطلبة ص١٠٩.
واصطلاحاً: طلبُ عمل شيء خاصّ على وجه مخصوص مادته من الصانع، أو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع مبيع، كما في مرشد الحيران المادة ٥٦٩.
فعن ابن عمر ﵄: «إنَّ رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب فكان يجعل فصّه في باطن

كفّه إذا لبسه، فصنع الناس كذلك، ثم إنَّه جلس على المنبر فنزعه، فقال: إني كنت ألبس هذا الخاتم، وأجعل فصّه من داخل فرمى به، ثم قال: والله لا ألبسه أبداً فنبذ الناس خواتيمهم» في صحيح البخاري ٥: ٢٢٠٥، وصحيح مسلم ٣: ١٦٥٥.

شرائط جوازه:

١. بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنَّه لا يصير معلوماً بدونه، فيلزم في الاستصناع وصف المصنوع وصفاً يمنع حدوث أي نزاع.

٢. أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس.

٣. أن لا يكون في الاستصناع أجلٌ، فإن ضرب له أجلاً، صار سَلَماً، حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم.

٤. أن يكون العملُ والعينُ كلاهما من الصَّانع، فلو كانت العين من المستصنع كان العقدُ إجارة آدمي، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣-٤.

وصفته:

ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم، فقبل العمل غير لازم للجانبين، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين.

وبعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع: فإنَّه عقد غير لازم للجانبين أيضاً، حتى كان للصانع أن يبيعَه ممن شاء؛ لأنَّ العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثلِه في الذمّة؛ ولعدم تعيُّنه حينئذٍ؛ لأنَّ تعيّنه باختيار الآمر بعد رؤيته.

اعلم أنّ القَياس يَأبى الجَواز، وهو قولُ زُفَر ﷺ؛ لأنّه بَيْعُ المَعْدوم، لكن استَحْسَنّا جوازَه للتَّعامل بين النَّاس من غير نكير فكان إجماعاً، وبمِثْلِه يُتْرُك القِياس والنَّظر ويُخَصُّ الكِتاب والخَبر.

ثمّ قيل: هي مُواعدةٌ(١) حتى يكون لكلِّ واحدٍ منهما الخِيار، والأصحُّ مُعاقدةٌ؛ لأنّ فيه قياساً واستحساناً، وفَرْقٌ بين ما جَرَت به العادة وما لا، وذلك من خصائص العُقود، ويَنْعقد على العين دون العَمَل، حتى لو جاء بعَيْن من غير عَمِلِه جاز.

(وللمُشتري خِيار الرُّؤية)(٢)؛ لأنّه اشترى ما لم يَرَه.

وبعد إحضار الصّانع العين على الصِّفة المشروطة: فإنَّه يسقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار؛ لأنَّ الصَّانع بائع ما لم يره فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لم يره، فكان له الخيار، كما في الوقاية ص٥٦١، والبدائع ٥: ٣.

(١) كما ذهب إليه الحاكم الشهيد قائلاً: إذا جاء مفروغاً عنه ينعقد بالتعاطي؛ ولذا يثبت الخيار لكل منهما، لكنَّ الصحيح من المذهب جوازه بيعاً؛ لأنَّ محمداً ﷺ ذكر فيه القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة، كما في مجمع الأنهر ٢: ١٠٦، والبدائع ٥: ٢، والوقاية ص٥٦٠.

(٢) هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة: أنَّ لكل واحد منهما الخيار؛ لأنَّ في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وأنَّه واجب. وروي عن أبي يوسف: أنَّه لا خيار لهما جميعاً؛ لأنَّ الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه، لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد؛ لأنا لا ندري

(**وللصَّانع بيعُه قَبْلَ الرُّؤية**)؛ لأنّه ملكُه، والعقدُ لم يقع على هذا بعينِه، فإذا رآه المُسْتَصْنِع ورَضِي به لم يَكن للصَّانع بَيْعُه؛ لأنّه تَعَيّن.

ثمّ إنّما يجوز فيما جَرَت به العادة من أواني الصُّفْر والنُّحاس والزُّجاج والعِيدان والخِفاف والقَلانس والأَوْعية من الأُدْم والمَنَاطق[1] وجميع الأسلحة.

ولا يجوز فيما لا تَعامَلَ فيه كالجِباب ونَسْج الثِّياب؛ لأنَّ المُجوِّز له هو التَّعامل على ما مَرّ، فيَقْتَصِرُ عليه.

قال: (**وإن ضَرَبَ له أَجلاً صار سَلَماً**)، فيُشترط له شرائط السَّلَم.

وقالا: لا يصيرُ سَلَماً؛ لأنّه استصناعٌ حقيقةً[2]، فبضرب الأَجل لا يَصير سَلَماً، كما لا يَصيرُ السَّلَمُ استصناعاً بحذف الأجل.

أنَّ العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار، واختارت مجلة الأحكام العدلية قول أبي يوسف، وينظر: البدائع ٥: ٣-٤ والوقاية ص٥٦١، وشرح الأتاسي ٢: ٤٠٦، وغيرها.

(١) النِطاق والمِنْطَق: كلّ ما تشدُّ به وسْطَك، كما ي المغرب٢: ٣١٠.

(٢) فهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع: كالثياب ونحوها أجلاً، ينقلب سلما في قولهما جميعاً؛ لأنَّ العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنَّما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه، مع الشك

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه أتىٰ بمعنىٰ السَّلَم، فيكون سَلَماً؛ لأنّ العبرةَ للمَعاني لا للصُّور، ولأنه أمكن جَعْلُه سَلَماً، فيجعل لورود النَّصِّ بجَواز السَّلَم دون الاستصناع.

وجوابُها: أنّ حذفَ الأجل ليس من خَوَّاصِ الاستصناع، أمّا الأَجل من خواصِّ السَّلَم، ويكتفي في الاستصناع بصفةٍ معروفةٍ تَحْتَمِلُ الإدراك، ولا بُدّ في السَّلَم من استقصاءِ الصِّفة علىٰ وجهٍ يَتيَقَّنُ بالإدراك فافترقا.

باب الصَّرف

وهو في اللُّغة: الدَّفعُ والرَّدُ، ومنه الدُّعاء: اصرف عَنّا كَيْدَ الكائدين، وصَرَفَ اللهُ عنك السُّوء.

وفي الشَّريعة: بيعُ الأَثمان بعضُها ببعض.

سُمِي به لوجوب دفع ما في يدِ كلِّ واحدٍ من المتعاقدين إلىٰ صاحبِه في المجلس.

قال: (وهو بَيْعُ جنس الأثمان بعضُه ببعض، ويستوي في ذلك مضروبها ومَصُوغُها وتِبْرُهما، فإن باع فضّةً بفضّةٍ أو ذَهَباً بذَهَبٍ لم يجز إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ

والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع، لأنَّ ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل، فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم، كما في البدائع ٥: ٣، والوقاية وشرحها لصدر الشريعة ص٥٦٠-٥٦١.

يَداً بِيَدٍ).

والأصل فيه قوله ﷺ: «الذهب بالذهب مِثْلاً بمِثْلٍ، يَداً بِيَدٍ، والفَضْل رباً، والفضّة بالفضّة مِثْلاً بمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ والفَضْل رباً»[١]؛ ولقول عُمر رضي الله عنه: «وإن اسْتَنْظَرَك إلى وراءِ السَّارية، فلا تُنْظره»[٢]، ولأنّه لا بُدّ من قبض أحد العِوَضين؛ ليخرج من بَيْع الكَالئ بالكَالئ[٣]، وليس أحدُهما أَوْلى من الآخر فيقبضان، ولأنّه إذا قَبَضَ أحدَهما يجب قبضُ الآخر تحقيقاً للمُساواة.

والمُعتبرُ في ذلك المُفارقة بالأبدان، حتى لو تَصارفا وسارا عن مجلسهما كثيراً ثم تقابضا جاز ما لم يَفْترقا، وكذلك مجلسُ عَقْد السَّلَم.

ولو تَصارفا ووكلا بالقَبْض، فالمعتبرُ تفرُّقُ العاقدين لا تفرُّق الوَكيلين.

---

(١) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة...مِثْلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد...» في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.
وعن أبي سعيد الخُدْرِي رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» في صحيح البخاري ٢: ٧٦١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال عمر رضي الله عنه: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الربا» في الموطأ٢: ٦٣٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٨٤.

(٣) أي بيع الدين بالدين، كما سبق.

ولو ناما جالسين لم يَكن فرقةً.

ولو ناما مُضطجعين كان فرقةً.

ولا يجوز خِيار الشَّرط؛ لأنّه ينفي استحقاق القَبْض.

ولا الأَجل؛ لأنّه يُفوِّتُ القَبْضَ الذي هو شَرْطُ الصِّحّة، فإن أسقطهما قبل التَّفرُّق جاز، خلافاً لزُفر ﷺ، وقد مَرّ.

ولو اشترى بثمن الصَّرْف عَرَضَاً قبل قبضه، فهو فاسد؛ لأنّه يُفَوِّتُ القَبْض المُسْتحقّ بالعَقْد، وكذا كلُّ تصرُّفٍ في بدل الصَّرْف قبل قَبْضِهِ؛ لما بَيّنّا.

قال: (**ولا اعتبار بالصِّياغة والجُوْدة**)؛ لقوله ﷺ في آخر الحديث: «جيدها ورديئها فيه سواء»[1].

(**فإن باعها مُجازفةً ثمّ عُرِفَ التَّساوي في المَجْلس جاز وإلا فَلا**)؛ لما عُرِفَ أنّ ساعات المجلس كساعةٍ واحدةٍ، فصار كالعِلْم في ابتدائه، وإن لم يَعْلَمَا لا يجوز لاحتمال الرِّبا؛ لأنّ الشَّرطَ وهو المُساواةُ يجب علينا تحصيلُه.

أمّا وُجودُه في عِلْمِ الله تعالى لا يَصْلحُ أن يكون شَرْطاً؛ لأنّ الأحكامَ تَنْبَني على أفعال العِباد تَحقيقاً لمعنى الابتلاء.

---

(١) قال الزَّيْلعي في نصب الراية٤: ٣٧، وابن حجر في الدراية٢: ١٥٦: لم نقف عليه بهذا اللفظ، ويؤخذ من حديث أبي سعيد الخُدْرِي ﷺ، قال ﷺ: «الذهب بالذهب...»، وأقول: وكذلك من حديث: «إنَّ رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ...» السابق ذكره.

وتعتبر في الدَّراهم والدَّنانير الغَلَبة كما تقدَّم في الزَّكاة، فإن تَساويا، فهي كالجِياد في الصَّرْف احتياطاً للحُرْمة.

قال: (**ويجوز بيعُ أحدِهما بالآخر مُتفاضلاً ومُجازفةً مقابضةً**)؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يَداً بِيَدٍ»[١]، وقال ﷺ: «الذهب بالورق رباً إلا هاء[٢] وهاء»[٣]، ولو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات الشَّرْط.

---

(١) سبقه تخريجه ابن الصامت رضي الله عنه: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١

(٢) وأصله: هاك؛ بمعنى خذ، فأبدلت الكاف همزة، والمعنى: أن يقول كل مِن المتعاقدين لصاحبه: خذ، فيتقابضا في المجلس، والحديث دليل على اشتراط التقابض في مجلس الصرف وإن اختلف جنس البدلين، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٥٩١

(٣) فعن مالك بن أوس رضي الله عنه أنَّه قال: «أقبلت أقول مَن يصطرف الدراهم، فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أرنا ذهبك ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك وَرِقَكَ، فقال عمر بن الخطاب: كلا والله لتعطيه وَرِقَهُ أو لتردنّ إليه ذهبه، فإنَّ رسول الله ﷺ قال: الوَرِق بالذهب رباً إلا هاء وهاء...» في صحيح مسلم ٣: ١٢٠٩، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٥.

وعن أبي المنهال رضي الله عنه، قال: «باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الحجّ، فجاء إليّ فأخبرني، فقلت: هذا أمر لا يصلح، قال: قد بعته في السُّوق فلم ينكر ذلك عليّ أحد، فأتيت البراء بن عازب رضي الله عنه فسألته، فقال: قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع، فقال: ما كان يداً بيد فلا بأس به، وما كان نسيئةً فهو رباً، وائت زيد بن أرقم رضي الله عنه فإنّه أعظم تجارة

قال: (**ويجوز بَيْع دِرهمينِ ودينارٍ بدينارينِ ودِرهمٍ، وبيع أحدَ عَشَرَ درهماً بعشرةَ دَراهمَ ودينارٍ**)، وكذا دِرهمين ودِينارين بدينارٍ ودِرهم، وكذا كُرَّي حِنطةٍ وكرِّ شَعير بكُرِّ حِنْطة وكُرَّي شَعير.

والأصل في ذلك: أنّ عندنا يُصرَفُ كلُّ واحدٍ من الجنسين إلى خلافِه حَمْلاً لتصرفِهما على الصِّحّة[1]، وفيه خِلاف زُفَر ﷺ، فإنّه يَصْرِفُ الجِنْسِ إلى جِنْسِه؛ لأنّه أَسْهَلُ عند المُقابلة.

ولنا: أنّهما قصدا الصِّحّة ظاهراً، فيُحمل عليه تحقيقاً لقصدهما ودَفْعاً لحاجتهما.

ولو باع الجِنْس بمِثْلِه وأحدُهما أقلُّ ومعه عرضٌ إن بلغت قيمةُ العَرْض قَدْرَ النُّقصان جاز، ولا كَراهة فيه، وإن لم تَبْلُغ جاز مع الكَراهة، وإن كان ممّا لا قَيمةَ له لا يجوز؛ لأنّه رِباً.

مِنّي، فأتيته، فسألته فقال: مثل ذلك» في صحيح مسلم ٣: ١٢١٢، قال ابنُ حَجر في فتح الباري ٤: ٣٨٣: «وفي الحديث ما كان عليه الصحابة ﷺ مِن التواضع، وإنصاف بعضهم بعضاً، ومعرفة أحدهم حق الآخر، واستظهار العالم في الفتيا بنظيره في العلم».
وعن البراء وزيد بن أرقم ﷺ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الوَرِق بالذهب ديناً» في صحيح مسلم٣: ١٢١٢.

(١) والأصل فيه: أنَّ العقدَ إذا كان له وجهان: أحدُهما يصحّحه، والآخرُ يفسدُه، حمل على ما يصحّحه، كما في الجوهرة ١: ٢٢٣.

قال: **(ومَن باعَ سَيْفاً مُحَلًّى بثمن أكثر من قَدْر الحِلْية جاز)**، ومُرادُه إذا كان الثَّمنُ من جنس الحِلْيةِ جاز؛ لتكون الحِلْيةُ بمِثْلِها، والزِّيادةُ بالنَّصل والحَمائل والجِفْن، وإن كان مِثْلُها أو أَقلّ لا يجوز؛ لأنّه رِباً، وإن كان بخلاف جنسها جاز كيف كان لجواز التَّفاضل على ما بيّنّا.

(ولا بُدّ من قَبْض قَدْر الحِلْية قبل الافتراق)؛ لأنّه صَرْفٌ، ولو اشتراه بعشرين دِرهماً، والحِلْيةُ عشرةُ دَراهم فقَبَضَ منها عشرةَ، فهي حِصّةُ الحِلية وإن لم يُعيّنها حَمْلاً لتصرُّفِه على الصِّحّة.

وكذا إذا قال: خُذْها من ثمنها؛ لأنّ قصدَه الصِّحّة، وقد يُراد بالاثنين أحدهما كقوله تعالى: {يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ}، [الرحمن: ٢٢].

وكذا إن اشتراه بعشرين عُشرةٌ نَقْداً وعشرةٌ نسيئةً، فالنَّقْدُ حِصّةُ الحِلْية؛ لما تقدّم، فإن افترقا لا عن قَبْضٍ بَطَلَ البَيْعُ فيهما إن كانت الحِلْيةُ لا تتخلَّصُ إلا بضرر: كجِذْعٍ في سَقْفٍ، وإن كانت تتخَلَّصُ جاز في السِّيف وبَطَلَ في الحِلْية كالطَّوْق في عُنِق الجارية، وقُس على هذا جميع أَمْثالها.

قال: **(وإن باعَ إناءَ فضّةٍ أو قطعةَ نُقْرَةٍ[1] فقَبَض بعضَ الثَّمن، ثمّ افترقا صار شركة بينهما)**، فيكون للمُشتري فيه بقدر ما نَقَدَ من الثَّمن، ولا خِيار له؛ لأنّ العَيْبَ جاء من قبلِه حيث لم يَنْقُد جميع الثَّمن.

(فإن استُحِقَّ بعضُ الإناء، فإن شاء المُشتري أخذ الباقي بحِصَّتِه، وإن شاء ردّه)؛ لأنّ الشَّركةَ عيبٌ في الإناء.

---

(١) النُّقْرة: القطعةُ المُذابة من الفضة، وقبل الذوب هي تِبْر، كما في المصباح ص٦٢١.

(ولو استُحِقّ بعضُ القطعة أخذ الباقي بحصّته، ولا خيار له)؛ لأنّ التشقيصَ لا يضرّ القطعة، فلم تكن الشَّركة فيه عيباً[1].

قال: **(ويجوز البيع بالفلوس)**؛ لأنّها معلومةٌ، **(فإن كانت كاسدةً عيَّنها)**؛ لأنّها عروض، **(وإن كانت نافقةً لم يُعيِّنها)**؛ لأنّها من الأثمان كالذَّهبِ والفِضّة، **(فإن باع بها ثمّ كَسَدَت[2] بَطَلَ البَيْعُ)**، خلافاً لهما؛ لأنّ البيعَ صحَّ، فلا يفسد؛ لتعذّر التّسليم بالكساد، كما إذا اشترىٰ بشيءٍ من الفَواكه وانقطع فتجب قيمتُها، غير أنّ أبا يوسف ﷺ: يُوجبُها يومَ البَيْع[3]؛ لأنّ الثَّمَنَ مَضمونٌ به، ومُحمّداً ﷺ يوم الكَساد[4]؛ لأنّ عنده تَنتَقل إلىٰ القِيمة.

---

(١)أي لأن الشَّركةَ ليستْ بعيبٍ في قطعة النُّقْرة؛ لأنَّ التَّبعيضَ لا يضرُّه، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٠.

(٢) حدُّ الكسادِ أن تتركَ المعاملةُ بها في جميع البلاد، وإن كان يروج في بعض البلاد لا يبطلُ البيع، لكنَّه يتعيَّبُ إذا لم تروج في بلدهم، فيتخيَّرُ البائعُ إن شاءَ أخذَه وإن شاءَ أخذَ قيمتَه، وحدُّ الانقطاعِ: أن لا يوجدَ في السُّوق، وإن كان يوجدُ في يدِ الصيارفةِ وفي البيوت، كما في رمز الحقائق ٢: ٦٦.

(٣) وقولُ أبي يوسفَ ﷺ أيسر للفتوىٰ بأنَّ يومَ القبضِ يعلمُ بلا كلفة، وقولُ محمّد ﷺ أَنْظَر في حقِّ المستقرض؛ لأنَّ قيمتَها يومَ الانقطاعِ أقلّ، وكذا في حقِّ المقرض بالنظرِ إلىٰ قولِ الإمامِ لا إلىٰ المفتي؛ لأنَّ يومَ الكسادِ لا يعرفُ إلا بحرج، كما في مجمع الأنهر ٢: ١٢٢، ورد المحتار ٤: ٢٤٣، وغيرها.

(٤) وبه يفتي، كما في الخانية والخلاصة والفتاوىٰ الصغرىٰ والكبرىٰ والحقائق عن المحيط والتتمة، وعزاه في الذخيرة إلىٰ الصدر الشهيد، وكثير من المشايخ قيد بالكساد؛

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ ثَمَنيّةَ الفُلُوس بالاصطلاح، فيَهْلَكُ بالكَساد، فيَبْقَى المبيعُ بلا ثَمَن فيَبْطُل، فيَرُدُّ المبيعُ أو قيمَتُه إن كان هالكاً.

قال: (**ومَن أَعْطى صَيْرفيّاً دِرهماً، وقال: أَعْطِني به فُلُوساً ونِصْفاً إلا حِبّةً جاز**)[1]، ويُصْرَفُ النِّصف إلا حبّةً إلى مِثْلِهِ من الدِّرهم، والباقي إلى الفُلُوس تصحيحاً لتصرّفهما، وقد تقدّم جِنْسُهُ، والله أعلم.

لأنّها إذا غلت أو رخصت قبل القبض كان المبيع على حاله إجماعاً، ولا خيار لواحد منهما، ويطالب بنقد ذلك المعيار الذي كان وقت البيع، كما في الفتح ٧: ١٥٤، واللباب ١: ٢١٧.

(١) لأنّه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة، فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس، ولو قال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما: صحّ البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة؛ لأنَّ الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده: يفسد، وأصل الخلاف: أنَّ العقدَ يتكرَّر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن، حتى لو قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبةً جاز في الفلوس، وبطل في الفضة بالإجماع، كما في التبيين ٤: ١٤٥.

كتاب الشُّفْعة

وهي الضَّمُّ[1]، ومنه: الشَّفْعُ في الصّلاة، وهو ضَمُّ رَكْعةٍ إلى أُخرى، والشَّفْعُ: الزَّوْج الذي هو ضِدُّ الفَرْد، والشَّفيع لانضمام رأيه إلى رأي المَشفوع له في طَلَب النَّجاح، وشَفاعةَ النَّبيِّ ﷺ للمُذنبين؛ لأنّها تضمهم إلى الصَّالحين.

---

(١) الشفعة: لغةً من شفعت الشيء شفعاً: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ لأنَّ صاحبَها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، كما في المصباح المنير ص٣١٧.

وشرعاً: حقّ تملُّك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن، كما في مرشد الحيران ١: ٧٤.

وسبب مشروعيتها: هو دفعُ ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأبيد والقرار: كإيقاد النار، وإعلاء جدار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وإقامة الدواب والصغار، كما في شرح مرشد الحيران١: ٧٥، ودرر الحكام ٢: ٧٤٩.

وشرائط وجوب الشفعة:

١. عقد المعاوضة، وهو البيع أو ما هو في معناه، فلا تجب الشفعة فيما ليس ببيع، ولا بمعنى البيع، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية.

٢. معاوضة المال بالمال، فلا تجب في معاوضة المال بغير المال كالنكاح.

والشُّفْعَة في العقار؛ لأنّها ضَمُّ ملكِ البائع إلى ملكِ الشَّفيع، وهي تثبتُ للشَّفيع بالثَّمن الذي بيع به رَضِي المُتبايعان أو سخطا، ولهذا المعنى كانت على خلافِ القِياس، إلا أنّا استحسنا ثبوتها بالنَّصّ، وهو قوله ﷺ: «الجار أَحَقُّ بشُفعته»[1] رواه جابر ﵁، ....

٣.معاوضة عين المال بعين المال، فلا تجب فيما ليس بعين المال كالمنافع.
٤.أن يكون المبيع عقاراً، وما هو بمعناه، سواء كان العقار مما يحتمل القسمة، أو لا يحتملها: كالحمام، والرحى.
٥.زوال ملك البائع عن المبيع؛ لأنَّ الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به، فإذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري.
٦.زوال حقّ البائع؛ فلا تجب الشفعة في المشترى شراءً فاسداً.
٧.أن يكون الشفيع مالكاً العقار المشفوع به وقت البيع، ويشترط بقاء هذه الملكية إلى زمن الأخذ بالشفعة بالتراضي أو بقضاء القاضي.
٨.أن لا تكون الدَّار المشفوعة ملكاً للشفيع وقت البيع، فإن كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه.
٩.عدم الرِّضا من الشَّفيع بالبيع وحكمه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه، فلا شفعة له، كما في مرشد الحيران ١: ٨٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٥، ودرر الحكام ٢: ٧٥١.

(١) فعن جابر ﵁، قال ﷺ: «الجار أحقّ بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥١٨، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وقال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ٩، ١٤: «رجاله ثقات، ولم يتفرد به الملك، بل روى البخاري ومسلم معناه».
وعن جابر ﵁ قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلّ شركة لم تقسم رَبْعَةٍ أو حائطٍ،

وقال ﷺ: «جار الدَّار أحقُّ بشُفعةِ الدَّار»[1]، وكان أبو بكر الرَّازي ﵁ يُنكر هذا القول ويقول: وجوب الشُّفعة مجمع عليه أصل من الأصول المقطوع بها لا يُقال: إنّه استحسان.

قال: (**ولا شُفْعةَ إلا في العَقار**)؛ لقوله ﷺ: «لا شُفْعةَ إلا في رَبْع[2] أو حائط[3]»[4]؛ ولأنّ الشُّفْعةَ وَجَبَت في العَقار لدفع ضَرر الدَّخيل فيما هو متصلٌ

لا يحلّ له أن يبيعَ حتى يؤذن شريكَه، فإن شاء أخذ وإن شاء تَرَكَ، فإذا باع ولم يُؤذنه فهو أحقُّ به» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩.

(١) فعن سمرة ﵁، قال ﷺ: «جار الدار أحق بشفعة الدار» في المعجم الكبير٧: ١٩٦، وبلفظ:«جارُ الدار أَحقّ بدار الجار أو الأرض» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن الترمذي٣: ٦٤٢، وصحيح ابن حبان١١: ٥٨٥.

(٢) رَبْع: أي دار، كما في المغرب١: ٣١٧.

(٣) الحائِط: البستان، وأصله ما أحاط به، كما في المغرب١: ٢٣٤.

(٤) فعن جابر ﵁، قال ﷺ: «الشُّفعة في كل شرك، في أرض، أو رَبْع، أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى، فشريكه أحقُّ به حتى يؤذنه»» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩، وسنن النسائي ٧: ٣٢٠.

وعن جابر ﵁، قال ﷺ: «لا شفعة إلا في ربع ـ أي دار ـ أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيعَ حتى يستأمر صاحبَه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك»، أخرجه البزار، وقال : لا نعلمُ أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر ﵁، وقال الحافظ في الدراية٢: ٢٠٣: رجاله أثبات، كما في إعلاء السنن ١٧: ٣-٤.

وعن أبي هريرة ﵁، قال ﷺ: «لا شفعة إلا في دار أو عقار» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١٠٩، وقال في تلخيص الحبير: سنده جيد، كما في إعلاء السنن ١٧: ٤.

على الدَّوام على ما نُبَيِّنُه إن شاء الله تعالى، والمَنْقُول ليس كذلك؛ لأنّه لا يدوم دوام العَقار، فلا يُلْحَقُ به.

(وتجبُ في العَقار سَواءٌ كان مما يُقْسَمُ): كالدُّور والحَوانيت والقُرى **(أو ممّا لا يُقْسَم)**: كالبئرِ والرَّحى والطَّريق؛ لأنّ النُّصوص المُوجبة للشُّفعة لا تفصل، وسببها الملك المتصل، والمعنى وَجَبَت له دَفْعُ ضَرر الدَّخيل، وذلك لا يختلف في النَّوعين، وقال ﷺ: «الشُّفعة في كلِّ شِرْك رَبْع أو حائط»[1].

(وتجب إذا مُلِكَ العَقار بعوضٍ هو مال)، حتى لو مَلَكَه بعوض ليس بمال كالنِّكاح والخُلْع والإجارة والصُّلْح عن دم العَمْد لا تجب الشُّفْعة.

وكذا لو مَلَكَه لا بعوض: كالهبةِ والوَصيّة والصَّدقة والإرث؛ لأنّ الشَّفيعَ إنّما يأخذها بمِثْل ما أَخذها به الدَّخيل أو بقيمَتِهِ، وهذه الأشياء لا مِثْلَ لها ولا قيمةَ.

---

(١) سبق تخريجه بل أسطر.

وأما ما روي عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنّما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، معناه: فإذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة، أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه، أو فلا شفعة بالقسمة، كما في بدائع الصنائع ٥: ٥، قال الزيلعي في التبيين٥: ٢٤٠: «والمراد بما روي والله أعلم أنّها لا تجب للجار بقسمة الشركاء؛ لأنّهم أحقّ منه وحقّه متأخر عن حقّهم، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث».

أَمَّا الخاليةُ عن الأَعْواض فظاهرٌ.

وأما المُقابلة بالأَعواض المذكورة: أمّا عَدَمُ المُماثلة فظاهرٌ، وأَمّا القيمةُ؛ فلأنّ قِيمتَها غيرُ معلومةٍ حقيقةً؛ لأنّ القيمةَ ما تقومُ مَقام المُقوَّم في المَعنىٰ، وأنّه لا يتحقَّقُ في هذه الأَشْياء، وإنّما تَقوَّمَت في النِّكاح والإجارة بمَهْر المِثْل وأُجْرةِ المِثْل ضرورةَ صِحّةِ العَقْد، فلا يَتعدّاهما.

وتجبُ في الموهوب بشرطِ العِوَض ابتداءً؛ لأنّه بيعٌ انتهاءً علىٰ ما يَأتيك في الهِبةِ.

وكذا تَجبُ في الصُّلْح عن إقرارٍ أو سُكُوتٍ؛ لأنّه مُقابلةُ المال بالمال علىٰ ما يأتي في الصُّلْح إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (**وتجبُ بعد البَيْع**)؛ لأنّ بالرَّغبة عن المِلك تجب الشُّفْعة، وبالبيع يُعْرَفُ ذلك، ولهذا لو أَقرَّ المالك بالبَيع أَخذها الشَّفيع وإن كَذَّبه المُشْتري.

وخِيار البائع يَمْنعُ الشُّفعة؛ لأنّها لم تخرج عن ملكه، وخِيار المُشتري لا يمنَعُهُ؛ لخروجها عن ملكِ البائع، وخِيارُ الرُّؤية والعَيْب لا يَمْنع.

قال: (**وتستقرُّ بالإشهاد**)؛ لأنّ بالإشهادِ يُعْلِمُ طَلَبُه؛ إذ لا بُدّ من طَلَبِ المواثبة علىٰ ما يأتي، فيَحْتاج إلىٰ إثباتِه عند القاضي، وذلك بالإشهاد، فإذا شَهِدَ به الشُّهود استقرَّتْ.

قال: (**وتُمْلَكُ بالأَخْذ**) إذا أخذها من المشتري أو حَكَمَ له بها حاكمٌ؛ لأنّ بالعَقْد تَمَّ المُلكُ للمُشتري، فلا يَنْتَقِلُ عنه إلا برضاه أو بقضاء: كالرُّجوع

في الهِبة، حتى لو باع الشَّفيع ما يُشْفَعُ به قَبْلَ ذلك الطَّلَب بعد الطَّلب بطلَتْ شُفْعَتُه.

وكذا لو مات في هذه الحالةِ بَطَلَت ولا تُورَثُ.

قال: (**والمسلمُ والذِّميُّ والمأذونُ والمُكاتَبُ ومُعْتَق البَعض سواءٌ**)؛ لعموم النُّصوص، ولأنّ السَّببَ موجودٌ، وهو الاتصال، والمعنى يشملُهم، وهو دفعُ الضَّرر.

قال: (**وتجب للخليط في نفس المبيع، ثم في حقِّ المَبيع، ثمّ للجار**).

أمّا الخَليط[1]؛ فلقوله ﷺ: «الشُّفعةُ لشريك لم يُقاسم»[2].

وأمّا في حقّ المبيع[3]؛ فلقوله ﷺ: «جار الدَّار أحقّ بشُفْعة الدَّار

---

(١) الخليط في نفس المبيع: وهو الشريكُ في ملكِ المبيع، بأن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن كانت له حصّة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه، والعقار يطلق على الأرض أو على البناء مع الأرض، فالاشتراك في البناء فقط لا يثبت له هذا النوع من الشفعة، كما في مرشد الحيران ١: ٧٦، ودرر الحكام ٢: ٧٥٣.

(٢) فعن عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنّما جُعِل النَّبيُّ ﷺ الشَّفعة في كلّ ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطُّرق فلا شفعة» في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، وصحيح ابن حبان ١١: ٥٩٢.

(٣) الخليط في حق المبيع: شريك في حقوق الملك: وهو عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص: كنهر لا تجري فيه السفن، أو الطريق الخاص، سواء كان خاصاً بدار واحدة أو بمجموعة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ، فإذا بيعت دار في زقاق غير

والأرض، وينتظر إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»[1].

وأمّا الجار[2]؛ فلما تقدّم، ....

نافذ فجميع أهله شفعاء، يستوي فيه الملاصق والمقابل والأعلى والأسفل، كما في الوقاية ص٧٨٩، ومجلة الأحكام العدلية٢: ٧٥٣، ومرشد الحيران١: ٧٧.

(١) فعن جابر رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥١٨، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وقال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ٩، ١٤: «رجاله ثقات، ولم يتفرد به الملك، بل روى البخاري ومسلم معناه».

وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال: «قضى صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور» في مسند أحمد ٥: ٣٢٦، وفيه انقطاع، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ١٠: «لكن الانقطاع غير مضر لا سيما إذا تأيد برواية جابر وغيره».

(٢) الجارُ الملاصقُ نوعان:

أولاً: حقيقيّ: وهو مَن له عقارٌ متصلٌ بالعقار المبيع، وليس بينهما ممر؛ لضيق التصاق العقارين، حتى لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة للجار.

ثانياً: حكميّ: وهو مَن له عقارٌ متصلٌ حُكماً، كما لو بيعت شقّة من عمارة، فيكون حقّ الشفعة سواء لاصقته تلك الشقة من العمارة، أو كانت في أقصى العمارة فلم تلاصق نصيبه.

وإذا كان السفلُ لشخص والعلو لآخر، يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً، وكذلك مَن كان له خشبة موضوعة على حائط لا ملك فيه، أو كان شريكاً في خشبة موضوعة على حائط، يعتبر جاراً ملاصقاً لا شريكاً، كما في درر الحكام٢: ٧٥٥، ومرشد الحيران١: ٧٨.

ولقوله ﷺ: «الجار أحقّ بسَقَبه»[١]: أي بسبب قُرُبه. ورُوي أنه قيل: «يا رسول الله، ما سَقَبُه؟ قال: شُفْعَتُه»[٢]؛ ولأنّها تثبت لدفع ضرر الجار من حيث إيقادُ النَّار، وإثارةُ الغُبار، وإعلاءُ الجدار.

وتجب على ما ذكرنا من التَّرتيب؛ لقوله ﷺ: «الشَّريك أحقُّ من الخَليط، والخليطُ أَحقّ من غيره»[٣]، وفي رواية: «والخَليطُ أحقُّ من الجار»[٤]، فالشَّريُك في الرَّقبة، والخَليط في الحقوق، ولأنّ الشَّريك أَخصُّ بالضَّرر، ثمّ الخليط، ثم الجار؛ لأنّ الشَّريكَ شاركَهما في المعنى وزَاد، وكذلك الخَليط شاركَ الجار، وزاد عليه، فيترجّح؛ لقوَّة السَّبب.

---

(١) فعن أبي رافع مولى النبي ﷺ: «الجار أحق بسَقَبه» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٧، وسنن الترمذي ٢: ٦٥٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٦.
وعن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «قضى بالشفعة بالجوار» في الجوهر النقي٦: ١٠٧، وقال: سند صحيح.
(٢) فعن م الشريد رضي الله عنه، قال ﷺ: «المرء أولى بسقبه» قال: فقلت لعمرو: ما سقبه؟ قال: شفعته» في مسند أبي داود الطيالسي٢: ٦٠٢.
(٣) فعن شريح: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٧٨.
وعن الشعبي: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيعُ أحقّ من الجار، والجار أحق ممن سواه» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٣٨،
(٤) فعن الشَّعبي رضي الله عنه، قال ﷺ: «الشَّفيعُ أولى من الجار، والجار أولى من الجنب» في مصنف عبد الرزاق٨: ٧٩، ومصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٣٧، وجودوا هذا المرسل، كما في الإخبار٢: ١٨٥.

فإن سَلَّم الشَّريك في الَّرقبة يصير كأن لم يكن، فيأخذها الشَّريُك في الحُقوق، فإن سَلَّم أخذها الجار، والمرادُ الجارُ الملاصق، وإن كان بابُه إلى سِكّةٍ أُخرى؛ لأنّه هو الذي يَسْتَضِرُّ بما ذكرنا من المعاني.

وعن أبي يوسف ﷺ: لا حَقّ لهما مع الشَّريك في الرَّقبة وإن سَلَّم؛ لأنّه حجبَهُما، فلا حقّ لهما معه كالحجب في الميراث، ووجه الظَّاهر ما ذكرنا، ولأنّهم استووا في السَّبب، لكنّه تَقَدَّم؛ لما ذكرنا، فإذا سَلَّمَ عَمِلَ السَّببُ في حقِّهما لزوال المانع: كالدَّين بالرَّهن وبغير رهن إذا أَسْقط المُرتَهنُ حَقَّه.

وحَقُّ المبيع: الطَّريق الخاصّ، وهو ما لا يكون نافذاً، والنَّهرُ الخاصُّ: وهو ما لا تجري فيه السُّفن.

قال: (**وتقسم على عددِ الرُّؤوس**)، وصُورتُه: دارَ بين ثلاثةٍ: لأحدِهم النِّصف، وللآخرِ الثُّلث، وللآخرِ السُّدس، باعَ أحدُهم نصيبَه فالشُّفعةُ للباقين على السَّواء؛ لاستوائهما في السَّبب، وهو الاتصال، ألا تَرى أنّه لو انفرد أحدُهم أخذ الجميع، فدَلَّ على استوائهم في السَّبب، وكان المعنى يشملُهم، وهو لحوق الأذى، فيستوون في الاستحقاق.

وكذا لو كان لهما جاران: أحدُهما: مُلاصق من ثلاثِ جَوانب، والآخر: من جانب واحدٍ، فهما سواءٌ لاستوائهما في لحوق الضَّرر والسَّبب.

قال: (**وإذا عَلِم الشَّفيع بالبَيْع ينبغي أن يُشهِدَ في مجلس عِلمِه على**

الطَّلب)[١]، وهذا طالبُ المُواثبة، وهو على الفَوْر[٢]، قال ﷺ: «الشُّفْعةُ لَمن واثبها»[٣]، وقال ﷺ: «إنّما الشُّفْعةُ كنَشْطة عِقال، إن قَيَّدتَها ثَبَتَت وإلا ذَهَبَت»[٤].

ورُوِي عن مُحمَّد رضي الله عنه: أنّه على المجلس[٥]؛ لأنّه تمليكٌ، فيحتاج إلى التَّروي والنَّظر، فلا يَبْطلُ خِياره ما لم يوجد منه ما يَدُلُّ على الإعراض: كخِيار القَبول والمُخَيَّرة.

---

(١) لأنَّه حقّ ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس؛ إذ الأخذ بالشفعة تَمَلُّك مال معصوم بغير إذن مالكه؛ لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقرّ إلا بالطلب على المواثبة، كما في البدائع٥: ١٧.

(٢) أي على فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة، ورَجَّحَها الكاسانيُّ رضي الله عنه في بدائع الصنائع ٥: ١٧، وإليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى، وعليه الفتوى، كما في الجواهر، قال في التصحيح ص٢٦١: «قال في الحقائق: والطلب على الفور، هكذا روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو ظاهر المذهب، وهو الصحيح.

(٣) فعن شريح رضي الله عنه، قال: «إنَّما الشفعة لمن واثبها» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٨٣، وذكره قاسم بن ثابت في أواخر غريب الحديث، وفي المعنى ما أخرجه ابن ماجه والبزار وابن عدي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما رفعه: «الشفعة كَحَلّ العقال». ينظر: الدراية ٢: ٢٠٣.

(٤) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «الشفعة كحَلِّ عقال، إن قيد مكانه ثبت، وإلا فاللوم عليه»، أخرجه ابنُ ماجه والبَزَّارُ وابنُ عَدي، قال ابنُ حجر في الدراية٢: ٢٠٣: إسناده ضعيف. وينظر: تلخيص الحبير ٣: ٥٦.

(٥) ذكر الكَرْخيّ أنَّ هذا أصحّ، واختاره بعضُ مشايخ بُخارى، ومشت عليه المتون:

(فإن لم يشهد بعد التَّمَكُّن منه بَطَلَت)؛ لأنّه دليلُ الإعراض، ولا تَبْطل إذا حَمَد الله أو سبحه أو سلم أو شمّت؛ لأنه لا يدلّ على الإعراض، وكذا إذا سأل عن المشتري، وكميّة الثَّمن، وماهيته؛ لأنّه دَليلُ الطَّلَب.

ولو كان في الأربعة بعد الجُمُعة أو قَبْلَ الظُّهر فأتمّها لم تَبْطَل، ولو زاد على ركعتين في غيرها من السُّنن بَطَلَت.

ثمّ هذا الطَّلَبُ إنّما يجب عليه إذا أَخْبَره به رجلٌ عَدْلٌ، أو رجلان مَسْتوران، أو رَجلٌ وامرأتان.

وعندهما: يكفي خبرُ الواحد رَجلاً كان أو امرأةً أو صَبياً، حراً أو عبداً إذا كان الخبر حقّاً، وتمامه يأتيك في الوكالة إن شاء الله تعالى.

والمعتبرُ الطَّلَب دون الإشهاد، وإنما الإشهاد للإثبات، حتى لو صَدَّقه المشتري على الطَّلَب لا يحتاج إلى شُهود.

قال: **(ثمّ يُشْهِدُ على البائع إذا كان المَبيع في يدِه أو على المشتري أو عند العَقار)**، وهذا طلبُ التَّقرير؛ لأنّه قد لا يُمكنه الإشهاد على طَلَب المُواثبة؛ لأنّه على الفور، فيحتاج إلى هذا الطَّلَب الثَّاني للإثبات عند القاضي، فإن كان المَبيعُ في يدِ البائع لم يُسَلِّمه، فإن شاء أَشْهد عليه، وإن شاء على المشتري؛ لأنّ

كالوقاية ص٧٨٩، وهو الأصحّ، كما في الدرر ٢: ٢٠٩، وقال في مختارات النوازل: وعن محمد رضي الله عنه: أنَّه يوقف إلى آخر المجلس، فإن قام منه أو اشتغل بشيء آخر بطلت شفعته، وهو الصحيح»، وقال ابن عابدين في رد المحتار ٥: ١٤٣: وهذا ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية، فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه؛ لأنَّه ضمني.

كلَّ واحدٍ منهما خصمٌ: البائع باليدِ والمشتري بالملك، وإن شاءَ عند المَبيع لتعلُّق الحَقِّ به، وهو أن يقول: إنّ فلاناً باع هذه الدَّار ويذكر حُدُودَها الأربعة، وأنا شَفيعُها طَلَبْتُ شفعتَها، وأطلبها الآن، فاشهدوا عليَّ بذلك.

وإن كان البائع قد سلّمها لا يجوز الإشهاد عليه؛ لأنّه لم يَبْقَ خَصْماً، فإذا فعل ذلك لا يَثْبُتُ.

(**ولا تسقطُ بالتَّأخير**)، وعن أبي يوسف ﷺ: إن تركَه مجلساً أو مجلسين من مجالس الحُكم بَطَل.

وعنه: ثلاثةُ أيّام؛ لأنّه دليلُ الإعراض.

وقدَّره مُحمّدٌ ﷺ بشَهْر؛ لأنّ المشتري يتضرَّر بالتَّأخير لنقص تَصَرُّفاته، فقدَّره بالشَّهر؛ لأنّه أقلّ الآجل وأكثر العاجل، ومرادُهما إذا ترك لغير عذر.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه حقّ ثبت، فلا يسقطُ بالتَّأخير كسائر الحقوق، وضرر المشتري يُمكن دفعُه بالمُرافعة إلى القاضي، حتى يُوقِّت له وَقْتاً يوفِّيه فيه الثَّمن، وإلا يَبْطُل حَقّه.

قال في «الهداية»: والفتوى على قول أبي حنيفة ﷺ[1]، وقال في

---

(١) وهو ظاهر الرواية، وفي الهداية ٤: ٢٨، والملتقى ص١٧٨، والدر المختار ٥: ١٤٤، والغرر ٢: ٢١٠، وتنوير الأبصار ص٢٠٣: وعليه الفتوى، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ﷺ، وفي رواية أخرى قال: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت فيه وقتاً، وروي عنه أنَّه قدّره بما يراه القاضي، كما في البدائع ٥: ١٩.

«المحيط»: والفتوى على قولهما[1]؛ دفعاً للضَّرر عن المشتري؛ لأنه قد يَخْتَفي الشَّفيع، فلا يَقْدِرُ على إحضارِه إلى القاضي، فيُدْفَعُ الضَّرَرُ بقولهما.

قال: (**وإذا طَلَبَ الشَّفيعُ الشُّفعة عند الحاكم سأل الحاكم المُدَّعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يَشْفَعُ به، أو قامت عليه بَيِّنةٌ، أو نَكَلَ عن اليَمين أنّه ما يَعْلَمُ به ثَبَتَ ملكُه**).

وينبغي أن يَسأل المدَّعي أوّلاً عن مَوْضِع الدَّار وحدودِها نَفْياً للاشتباه، ثمّ يسأله عن سببِ الاستحقاق لاختلافِ الأسباب، فإذا بَيَّن ذلك، وقال: أنا شفيعُها بدار لي تلاصقُها صَحَّت دَعواه، وشَرَطَ بعضُهم تحديد داره أيضاً.

---

(١) وهو رواية عن أبي يوسف، وقال شيخ الإسلام وقاضي خان: به يفتى، ومشى عيه في الوقاية ص٧٩٠، والنقاية ص٢٥١، والذخيرة، والمحيط، والخلاصة، والمضمرات، والمغني، وفي الشرنبلالية ٢: ٢١٠: إنَّه أصح ما يفتى به، وإليه مال ابن عابدين في رد المحتار ٥: ١٤٤، وأيده.

قال في التصحيح ص٢٦٢-٢٦٣ بعد نقل عبارة الهداية: إنَّ قول أبي حنيفة رضي الله عنه هو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى، واعتمده النَّسفي كذلك، لكنَّ صاحب الهداية خالف هذا في «مختارات النوازل»، وقال: إنَّ الفتوى على قول محمد رضي الله عنه. ومثله قال الحسام الشهيد في الصغرى، قلت: ووقع نظير ذلك للحسام الشهيد، فقال في الواقعات: لا تبطل أبداً، وبه نأخذ، وقال في «الصغرى»: والفتوى اليوم على قولهما، فيحمل على الرجوع إلى هذا، والله أعلم».

ثمّ بعد ذلك يَسأل القاضي المُدَّعى عليه، فإن اعترفَ بملكِهِ الذي يَشْفَعُ به فلا حاجة إلى البَيِّنةِ، وإن لم يَعْتَرفْ طلبَ من المُدَّعي البَيِّنة؛ لأنّ اليدَ لا تَكفي للاستحقاق، فإن أقامَها يَثْبُتُ، وإلا استُحْلِف المُدَّعى عليه بالله لا يَعْلَمُ أنّه مالكٌ للدَّار التي ذكرها يَشْفَعُ بها؛ لأنّه لو أَقرّ بذلك لزمه، فإذا أَنْكَرَ عليه يحلف ويحلف على العِلْم؛ لأنّه فعلُ الغَيْر، فإذا نَكَلَ ثَبَتَ الملك.

ثمّ يسأله القاضي عن الشِّراء، فإن اعترفَ به أو قامَت البَيِّنة عليه ثَبَتَ، وإلا استَحْلَفَ المشتري: بالله ما ابتاع أو ما يَسْتَحِقّ عليه شفعةً من الوجه الذي ذكر.

ويستحلفُ على البَتات؛ لأنّه فِعْلُه، فإذا نَكَلَ قُضِي له بالشُّفْعة، وإن لم يحضر الثَّمن، ذَكَرَه في «الأصل»؛ لأنّ الثَّمنَ إنّما يجب بانتقال المِلك إليه، ولا يَنْتَقِلُ إلا بالقَضاء، فلا يجب عليه الإحضارُ قَبْلَه، كما لا يجب على المشتري قَبْلَ البَيْع.

ورَوَى الحَسَنُ عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه لا يُقْضي ما لم يُحضر الثَّمن؛ لأنّه قد يكون مُفْلِساً، فيتضرَّرُ المُشتري، وهو مَرْويٌّ عن محمّد رضي الله عنه.

وإذا قُضِي له وأخذها من المشتري يَثْبُتُ له فيها أحكامُ البَيْع من خِيار رُؤيةٍ وعَيْبٍ وغيرِهما؛ لأنّه بمَنْزلةِ الشِّراء؛ لأنّه مُقابلةُ مالٍ بمالٍ، ولا يَثْبُتُ له خِيار الشَّرط، ولا الأَجَل؛ لعدم الشَّرْط.

قال: (**وللشَّفيع أن يُخاصم البائعَ إذا كان المَبيعُ في يده**)؛ لأنّه خَصْمٌ على ما بيَّنّا.

(ولا يَسْمَعُ القاضي البَيِّنَةَ إلا بحضرةِ المُشْتري، ثمّ يَفْسَخُ البَيْعَ، ويَجعل العُهْدةَ على البائع)؛ لأنَّ اليدَ للبائع والملكَ للمُشْتري، والقاضي يَقْضي بها للشَّفيع، فيُشْتَرطُ حضورُهما، بخلاف ما بعد القَبْض؛ لأنّ البائعَ كالأَجنبيّ.

فإذا أخذها من البائع تتحوَّلُ الصَّفقةُ ويصير كأن الشَّفيعَ اشتراها من البائع، فلهذا تكون العهدة عليه.

ولو أخذَها من المشتري بعد القَبْض فالعهدةُ عليه؛ لأنّه تَمَّ ملكُه بالقبض.

قال: **(وللشَّفيع أن يُخاصِمَ وإن لم يحضر الثَّمَن، فإذا قُضِي له لزمه إحضارُه)**،
وقد تَقَدَّمَ الكلامُ فيه.

قال: **(والوَكيلُ بالشِّراء خَصْمٌ في الشُّفعةِ حتى يُسَلِّمَه إلى الموكِّل)**؛ لأنّ حقوقَ العَقْدِ تَرْجِعُ إلى الوَكيل على ما يأتي بيانُه في الوكالة إن شاء الله تعالى، والشُّفعةُ من حقوقِ العَقْد، فإذا أَسْلَمها إلى الموكّلِ لم يَبْقَ له يدٌ ولا ملكٌ، فيَصيرُ الموكِّل خَصْماً.

قال: **(وعلى الشَّفيع مثلُ الثَّمَن إن كان مِثْلياً، وإلا قيمتُه)**؛ لأنّ القاضي حكمَ له بالمِلكِ بالعَقْد الأَوّل، فيجب عليه ما وَجَبَ بالعَقْد الأَوَّل.

وإن اشترى الذِّميُّ داراً بخَمْر أو خِنْزيرٍ والشَّفيع ذِميٌّ أخذَها بمِثْل الخَمْر؛ لأنّه مِثليٌّ، وقيمةِ الخِنْزير؛ لأنّه ليس بمِثْلِيٍّ، وإن كان مُسلماً أخذها

بقيمةِ كلِّ واحدٍ منهما، أمّا الخنزيرُ فلما مَرّ، وأمّا الخَمْرُ؛ فلأنّه ممنوعٌ من تمليكِها وتملُّكِها، فاسْتَحالَ المِثْلُ في حَقّه، فيُصار إلى القيمةِ.

قال: (**وإن حطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثَّمن سَقَطَ عن الشَّفيع**)؛ لما تقدّم أنَّ الحَطَّ يَلْتَحِقُ بأصلِ العقد، (**فإن حَطّ النِّصفَ ثمّ النِّصفَ أخذها بالنِّصف الأخير**)؛ لأنّه لَمّا حَطّ النِّصفَ الأَوّل التحق بأَصل العقد، فوَجَبَ عليه نصفُ الثَّمن، فلمّا حَطَّ النِّصفَ الآخر كان حَطّاً للجميع فلا يَسقُطُ، ألا تَرَىٰ أنّه لو حَطّ الجميعَ ابتداءً لا يَسْقُطُ عن الشّفيع؛ لأنّه لا يَلْتَحِقُ بأصل العقد، بل يكون هبةً، فلا يَسْقُطُ عن الشَّفيعِ.

(**وإن زادَ المشتري في الثَّمنِ لا يلزم الشَّفيع**)؛ لاحتمال أنّهما تواضعا على ذلك إضراراً بالشَّفيع، بخلاف الحَطِّ؛ لأنّه نفعٌ له.

قال: (**وإن اختلفا في الثَّمن، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشتري، والبَيِّنةُ بَيِّنةُ الشّفيع**)؛ لأنَّ الشّفيعَ يدَّعِي استِحقاقَ الدَّار عند أداء الأقلّ، والبَيِّنةُ بِيّنةُ المُدِّعي، والمُشْتري يُنكرُ ذلك، والقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه.

فصل

(**وتَبْطُلُ الشُّفْعةُ بمَوْتِ الشَّفيع وتَسليمِهِ الكلَّ أو البَعْضَ، وبصلحِهِ عن الشّفعة بعِوَضٍ، وببيعِ المشفوع به قَبْلَ القَضاء بالشُّفعة، وبضمان الدَّرَكِ[1] عن البائع، وبمُساوَمَتِه المشتري بَيْعاً وإجارةً**).

---

(١) الدَّرَك: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع، كما في معجم الفقهاء ص٢٠٨.

أمّا بطلانها بالموت؛ فلأنّ ملكَه زال بالموت، وانتقل إلى الوارث، وبعد ثبوته للوارث لم يوجد البَيْع، فلا يثبت له حَقُّ الشُّفعة، والمرادُ إذا مات بعد البَيْع قبل القَضاء بالشُّفْعة.

أمّا إذا مات بعد القَضاء لَزِمَ وانتقلَتْ إلى ورثتِهِ ولَزِمَهم الثَّمَن.

وأمّا تَسْلِيمُه الكلّ؛ فلأنّه صَريحٌ في الإسقاطِ.

وأمّا البَعْضُ؛ فلأنّ حَقّ الشُّفعةِ لا يَتَجزّأ ثُبُوتاً؛ لأنّه يَمْلِكُه كما ملكه المشتري، والمشتري لا يَمْلِكُ البَعْضَ؛ لأنّه تفريقُ الصَّفقة، فلا يتجزّأ إسقاطاً، فيكون ذِكْرُ بعضِه كذِكْرِ كلِّه.

وأمّا الصّلح عنها؛ لأنّ الشّفعةَ حقّ التَّملُّك وليس حقّاً مُتقرِّراً، فلا يصحُّ الاعتياض عنه: كالعِنِّين إذا قال لامرأته: اختاري تَرْكَ الفَسْخَ بألف، أو قال للمُخَيَّرة: اختاريني بألف، فاختارت سَقَطَ الفَسْخُ، ولا شيء لهما، ويجب عليه ردّ العِوَض؛ لأنَه لم يُقابله حقٌّ مُتقرِّرٌ، فلا يكون تجارةً عن تراض فلا يحلُّ.

وأمّا بيعُ المشفوع به قَبْلَ القَضاء بالشُّفْعة؛ لزوال سببِ الاسْتِحْقاق قبل القضاء، وهو نظيرُ الموت.

وأمّا ضَمانُ الدَّرَك عن البائع؛ فلأنّه قد ضَمِن للمشتري بقاءَها على ملكِه وسلامتَها له، وذلك يَتَضَمَّن تسليمَ الشُّفعة.

وأمّا مُساوَمةُ المشتري بَيْعاً وإجارة؛ فلأنّه دليلُ الرِّضا بثبوتِ المِلك للمشتري وتصرّفه فيه بيعاً وإجارةً، وذلك لا يكون إلا بعد إسقاطِ الشُّفْعة.

وكذلك إذا طَلَبَها منه توليةً أو أخذها مُزارعةً أو مُعاملةً، وكلُّ ذلك إذا كان بعد العِلْم بالشِّراء.

قال: (**ولا تَبْطُلُ بمَوْتِ المُشْتري**)؛ لأنّ المُستحقّ، وهو الشَّفيع قائمٌ، وحَقُّه مُقدَّمٌ على حقِّ المُشْتري، حتى لا تنفذَ وصيَّتُهُ فيه، ولا يُباعُ في دينِه، فيكون مُقدّماً على حقِّ الوارثِ.

قال: (**ولا شفعةَ لوكيل البائع**)؛ لأنّه سَعَىٰ في نقضِ فعلِه، وهو كالبيع، وكذا إذا كان له الخِيار فأَمضاه.

(**ولوكيل المُشْتري الشُّفعة**)؛ لأنّه لا يَنْقُضُ فعلُه؛ لأنّه مثل الشِّراء، لأنّه سَعَىٰ في زَوال ملكِ البائع.

قال: (**وإذا قيل: للشَّفيع إن المُشتري فلانٌ فَسَلَّمَ، ثمّ تَبَيَّن أنّه غيرُه، فله الشُّفعة**)؛ لتفاوت النَّاس في الجوار، فقد يَرْضَى لفلان لخيره، ولم يرض بغيره، فلم يوجد التَّسليم في حَقِّه.

وكذا لو ظَهَرَ أنّ المُشتري اشتراها لغيره.

ولو قيل: إنّ المُشْتري زَيْدٌ فسَلَّم، فإذا هو زيدٌ وعمرو، فله أخذُ نصيب عمرو.

(**وإذا قيل له: إنّها بيعت بألفٍ، فسَلَّمَ ثمّ تَبيّنَ أنّها بيعت بأقلّ أو بمكيل أو موزون، فهو على شُفْعَتِهِ**).

أمّا الأوّل؛ فلأنّ الرّضا بالأكثر لا يكون رِضى بالأقلّ.

وأمّا الثّاني؛ فلاحتمال تَعَذُّر الدّراهم عليه وتيسُّر ما بيع به من المكيل والموزون، وكذلك العدديُّ المتقارب، وسواءٌ كانت قيمتُه ألفاً أو أقلّ أو أكثر؛ لأنّ الواجبَ المثل، بخلاف ما إذا بيع بعبدٍ أو أَمةٍ قيمتُها ألف أو أكثر؛ لأنّ الواجبَ ألفٌ حتى لو كانت قيمتُه أقلّ من ألفٍ لم تَبْطل شفعتُه؛ لأنّ الواجبَ القِيمةُ.

ولو قيل: إنّها بيعَتْ بجاريةٍ، فظَهَرَ أنّها بيعت بعبدٍ أو عَرَضٍ آخر، ننظر إن كانت قيمةُ العَبْدِ أو العَرَض مثلَ قيمةِ الجارية أو أكثر بطلت، وإن كانت أقلّ لم تَبْطُل؛ لأنّ الواجبَ القيمة.

ولو قيل: بيعَتْ بألفِ دِرْهمٍ فَظَهَرَ أَنّها بيعَتْ بمئةِ دِينار، قال الكَرْخيُّ ﷺ: إن كانت قيمتُها ألفاً أو أكثرَ بطلت، وإن كانت أَقلَّ لم تَبْطُل، وهو قول أبي يوسف ﷺ؛ لأنهما جُعِلا كجنسٍ واحدٍ في الثَّمنيّة.

وأشار مُحمّد ﷺ في «الأصل» إلى بقاء الشُّفعة، وهو قول أبي حنيفة وزُفر ﷺ؛ لأنّهما جِنسان مختلفان، حتى يجوزَ بيع أحدِهما بالآخر مُتفاضلاً، ولأنّه رُبّما يَسْهُلُ عليه أحدُهما دون الآخر.

ولو قيل: بيعَتْ بألفٍ ثمّ حَطَّ البائعُ عن المشتري، فله الشُّفعة؛ لأنّ الحَطَّ يلتحقُ بأَصْل العَقِد فصار كأنّه باعها بأقلّ.

قال: **(ولا تُكْرَهُ الحِيلةُ في إسقاط الشُّفْعة قبل وُجوبها)** عند أبي يوسف ﵁؛ لأنّه منعٌ من وجوبِ الحقّ[1]، ويُكره عند مُحمّد ﵁[2]؛ لأنّها شُرعت لدفع الضَّرر، والحِيلةُ تُنافيه، والحِيلةُ في إسقاط الزَّكاة على هذا.

قال: **(ومَن باع سَهْماً ثم باع الباقي، فالشُّفْعةُ في السَّهم الأَوَّل لا غير)**؛ لأنّ الشَّفيعَ جار، والمشتري شريك في المبيع ثانياً، فيُقَدَّم عليه، وهذه حيلة، وهو أن يبيعَ الأوّلَ بثمن كثير والباقي بثمن قليل.

وإن اشتراها بثمن ودفع عنه ثوباً أخذها بالثَّمن الأوّل؛ لأنّه يَسْتَحِقّ المبيعَ بما وقعَ العقدُ عليه؛ لما مَرّ، وهذه أيضاً حيلةٌ، وهو أن يعقدَ العقدَ بألف مثلاً، فيدفع عنها ثوباً يُساوي مئةً.

قال: **(وإن اشتراها بثَمَنٍ مؤجَّلٍ، فالشَّفِيعُ إن شاء أدَّاه حالاً، وإن شاء بعد الأجل ثمّ يأخذ الدَّار)**؛ لأنَّ الرِّضا بالتَّأجيل على المُشْتري لا يكون رضاً

---

(١) لأنَّه يحتال لدفع الضرر عن نفسه، وهو الأخذ بلا رضاء، والحيلةُ لدفع الضرر عن نفسه مباح، وإن تضرَّر الغير في ضمنه، وهو رواية عن الإمام، كما في مجمع الأنهر٢: ٤٨٦.

(٢) قيل: الاختلاف قبل البيع، أما بعده فهو مكروه بالإجماع، وظاهر الهداية: اختيار قول أبي يوسف ﵁، وقد صرّحَ به قاضي خان، فقال: والمشايخ في حيلة الاستبراء والزكاة أخذوا بقول محمد ، وفي الشفعة بقول أبي يوسف ﵁، ويؤيّده قوله في مختارات النوازل: الحيلة في إسقاط الزكاة عنه أيضاً اختلاف، والصحيح فيه قول محمد ﵁، كما في التصحيح٢٦٦.

بالتَّأجيل على الشَّفيع؛ لتفاوت النَّاس في المَلاءة والإعسار، والوَفاء والمَطل، ولأنّه ليس من حقوق العقد، ولم يشترطه الشَّفيع، فلا يثبت له، فإن أدّاه حالاً وأخذها من البائع سَقَطَ الثَّمَن عن المشتري؛ لوصوله إلى البائع، وإن أخذها من المشتري، فالثَّمَنُ على حالِهِ مؤجَّلٌ للبائع على المشتري، عملاً بالشَّرط، وصار كما إذا اشتراه مُؤجَّلاً وباعَه حالاً.

وإن أدَّاه بعد الأَجل فله ذلك؛ لأنّ له أن لا يَلْتَزِمَ زِيادةَ الضَّرر، لكن لا بُدّ من طلبِه على الوجِه الذي بيَّنّاه، فإذا ثَبَتَ أَخَّرَ أَدَّاءَ الثَّمَن.

قال: (**وإذا قَضَي للشَّفيع وقد بَنَى المُشتري فيها، فإن شاء أخذها بقيمةِ البناء، وإن شاء كَلَّفَ المشتري قَلْعَه**)، وهذا قول أبي حنيفة وزُفر ومُحمّد ﷺ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف ﷺ.

وروى عنه ابنُ زياد ﷺ: أنّه يَأخذها بالثَّمن وقيمةِ البناء أو يَترك، والغَرْسُ مثلُ البناء؛ لأنّه بَنَى في ملكِ نفسِهِ؛ لأنّ تصرُّفَه فيه صحيحٌ، حتى لو أَجَّره طابَ له الأَجر، والقَلْعُ من أحكام العُدْوان، فلا يُكَلَّفَه: كالزَّرع وكالموهوبِ له.

ولنا: أنّه تَعَدَّى من حيث إنّه بَنَى في ملكٍ تَعلَّقَ به حقُّ الغير من غير تَسْليطٍ من ذلك الغَيْر، فينقضُ صيانةً لحقّه، وضررُ النَّقض لحقِّ المشتري بفعلِه، فلا يُعتبر، ولأنّ الشَّفيع استحقَّه بسببٍ سابق، وهو مُقَدَّمٌ على المُشْتَري فينقُضُهُ، كما في الاسْتِحْقاق، ولهذا تَنْتَقِضُ جميعُ تصرّفاتِه، بخلافِ الموهوب له؛ لأنّ صاحبَ الحقِّ سَلَّطَه.

وأمّا الزَّرع، فالقياسُ أن يَقْلَعَه، لكن استحسنوا أن يَبْقى في الأرض بالأُجرة؛ لأنّ لها نهايةً، فلا ضَرَرَ فيه كالبناء، وذكر في «المحيط»: أنَّ الزَّرع يُتْرَكُ بغير أَجر.

وإن أَخَذَه بالقِيمة، فقيمتُه مَقْلوعاً، ويُعْرَفُ تمامُه في الغصب.

قال: (**ولو بَنَى الشَّفيع ثمّ اسْتُحِقَّت رَجَعَ بالثَّمَن لا غَيْر**)، ولا يرجع بقيمتِه على المشتري، ولا على البائع؛ لأنّ الرَّجوع إنّما ثَبَتَ في المسألة الأولى؛ ولأنّ البائعَ خَدَعَ المشتري، وضَمِن له التَّمكُّن من التَّصرُّف كيف شاء، ولم يضمَنْ للشَّفيع ذلك أحدٌ؛ لأنّه أخذه بغير اختيار البائع ولا المشتري، فلم يكن مَغْروراً ولا يَرْجِع، ولأنّه لما استُحقّ ثبت أنّه أَخَذَه بغير حَقّ.

أمّا الثَّمن، فإنّه عِوَضٌ عن المبيع، فإذا لم يَسْلَم المَبيع يَرْجعُ بالثَّمن.

قال: (**وإذا خَربَتْ الدَّار أو جَفَّ الشَّجَر، فالشَّفيعُ إن شاء أخذ السَّاحة بجميع الثَّمن، وإن شاء تَرَكَ**)، وكذلك لو احترقت أو غَرِقَت؛ لأنّ البِناءَ تَبَعٌ ووصفٌ للسَّاحة، حتى يدخلُ في البيعِ بغير ذكرٍ، فلا يُقابله شيءٌ من الثَّمن ما لم يكن مقصوداً: كأطراف العَبْد، ولو باعهما مرابحةً باعها بجميع الثَّمَن.

قال: (**وإن نَقَضَ المشتري البِناء، فالشَّفيعُ إن شاء أخذَ العَرَصة بحِصَّتِها، وإن شاء تَرَكَ**)؛ لأنّه صار مَقْصوداً بالإتلاف، فيقابلُه شيءٌ من الثَّمن كأطراف العَبْد، وكذا إذا فعله أَجْنبيٌّ، وكذا إذا نَزَعَ باب الدَّار وباعَه، وليس له أخذ النَّقض؛ لأنّه صار مَفصولاً فلم يَبْقَ تَبَعاً، أو صار نَقْلياً، فلا شفعةَ فيه.

قال: (**وإن اشترى نَخْلاً عليه ثمرٌ، فهو للشَّفيع**)، معناه إذا شَرَطَه في البَيْع؛ لأنّه لا يَدْخُلُ بدون الشَّرْط على ما مَرّ في البيوع، فإذا شَرَطَه دَخَلَ في البيع واستحقّ بالشُّفْعة؛ لأنّه باعتبار الاتصال صار كالنَّخل، وهذا استحسان، والقياسُ أن لا شفعةَ فيه؛ لعدم التَّبعيّة حتى لا يدخل في البَيْع بدون الشَّرط.

وإذا دَخَلَ في الشُّفْعة، (**فإذا جَذَّه المُشتري نَقَصَ حِصَّتَه من الثَّمن**)؛ لأنّه صار مقصوداً بالذِّكر، فقابله شيءٌ من الثَّمن، وليس له أن يَأخذ الثَّمرة؛ لأنّها نقليّةٌ.

ولو لم يكن على النَّخل ثمرٌ وقتَ البيع فأَثْمَرَ، فللشَّفيع أَخذه بالثَّمَرة؛ لأنّ البيعَ سَرَى إليه، فكان تَبَعاً، فإذا جَذَّها المشتري، فللشَّفيع أن يأخذ النَّخَل بجميع الثَّمن؛ لأنّ الثَّمرةَ لم تكن موجودةً وقت العقد، فلم تكن مقصودةً، فلا يُقابلها شيءٌ من الثَّمن.

كتاب الإجارة

(وهي[1] بَيْعُ المنافع، جُوِّزت على خلافِ القياس لحاجة النَّاس).

---

(١) الإجارة لغةً: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، وقد آجره إذا أعطاه أجرته، فالإجارة هي بيع المنفعة لغةً؛ ولهذا سمي المهر أجراً بقوله ﷻ: {فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [النساء: ٢٥] أي مهورهن؛ لأنَّ المهر بدل منفعة البضع، كما في المغرب ص٢٠، والعين ٦: ١٧٣، والأساس في البلاغة ص٦، والكليات ص٧٢٨.

واصطلاحاً: هي بيع نفع معلوم بعوض معلوم دين أو عين.

والدين: كالنقود والمكيل والموزون، والعين: كالثياب والدواب، كما ي بدائع الصنائع ٤: ١٧٤، والوقاية ص٧٢٨.

وشرائط الإجارة:

أولاً: شرط الانعقاد: أن يكون العاقد عاقلاً، حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل.

ثانياً: شرائط النفاذ:

١. الملك والولاية؛ فلا تنفذ إجارة الفضولي؛ لعدم الملك والولاية.

٢. تسليم المُستأجَر في إجارة المنازل ونحوها إذا كان العقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، والمقصود بالتسليم: التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في إجارة المنازل ونحوها.

٣.خلو العقد عن شرط الخيار، فإن كان فيه خيار، لا ينفذ في مدة الخيار.
ثالثاً: شرائط الصحّة:
١.رضا المتعاقدين فلا تصح مع الإكراه والهزل والخطأ؛ لأنَّ هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الإجارة; ولهذا منعت صحة البيع.
٢.أن يكون المعقود عليه ـ وهو المنفعة ـ معلوماً علماً يمنع من المنازعة.
٣.أن يكون المُستأجَر مقدور الاستيفاء حقيقةً وشرعاً؛ لأنَّ العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه، فلو استأجر سيارة مغصوبة، فإنَّه لا يصح؛ لأنَّه لا يقدر على استيفاء المنفعة حقيقة؛ للعجز عن التسليم حقيقة؛ إلا إذا استأجرها الغاصب، فإنَّه يصح.
٤.أن لا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة.
٥.أن يكون المؤاجر مقبوضاً للمؤجر إذا كان منقولاً.
٦.أن تصلح الأُجرة ثمناً، فما يصلح ثمناً في البياعات يصلح أُجرة في الإجارات.
٧.أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه: كإجارة السكنى بالسكنى.
٨.أن يخلو عقد الإجارة عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يُلائمه.
رابعاً: شروط اللزوم:
١.أن يكون العقد صحيحاً؛ لأنَّ العقد الفاسد غير لازم، بل هو مستحق النقض والفسخ؛ رفعاً للفساد حقاً للشرع، فضلاً عن الجواز.
٢.أن لا يكون بالمستأجَر عيب في وقت العقد، أو وقت القبض يخل بالانتفاع به؛ فإن كان لم يلزم العقد؛ لأنَّ السلامة مشروطة دلالة، فتكون كالمشروط نصاً كما في بيع العين.
٣.أن يكون المستأجَر مرئياً للمستأجِر؛ حتى لو استأجر داراً لم يرها ثُمَّ رآها فلم يرض بها فإن له أن يردها.

اعلم أنّ التَّمليك نوعان: تمليكُ عَيْن، وتمليكُ مَنافع.

وتمليك العين نوعان:

بعِوَضٍ: وهو البَيْع، وقد بيّنّاه.

وبغيرِ عِوض: وهو الهِبةُ والصَّدقةُ والوَصِيّةُ، وسيأتيك أبوابها إن شاء الله تعالىٰ.

وتمليكُ المَنافع نوعان:

بغير عِوَض: وهو العارية والوَصية بالمِنافع علىٰ ما يأتيك.

وبعِوَض: وهو الإجارةُ، وسُمِّيت بيعُ المنافع؛ لوجود معنىٰ البيع، وهو بذل الأعواض في مقابلة المنفعة، وهي علىٰ خلافِ القِياس؛ لأنّ المَنافعَ معدومةٌ، وبيعُ المَعْدوم لا يجوز، إلا أنا جوَّزناها لحاجةِ النَّاس إليها.

ومَنَعَ شَمْسُ الأئمةِ السَّرَخْسيّ رضي الله عنه هذا، وقال: إنّما يُشْتَرط الملك، والوجود للقُدْرة علىٰ التَّسليم، وهذا لا يَتَحقَّق في المَنافع؛ لأنّها عَرَض لا

---

٤. سلامة المستأجَر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به؛ فإن حدثَ به عيبٌ يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً.

٥. عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجَر، فإن حدث بأحدهما أو بالمستأجَر عذر، لا يبقىٰ العقد لازماً، وله أن يفسخه، كما في حاشية الطحطاوي ٤: ٣٣، وبدائع الصنائع ٤: ١٨٢-١٨٣، وشرح الوقاية ص٧٣٨.

تَبْقَىٰ زَمانين، فلا معنىٰ للاشتراط، فأَقَمْنا العَيْن المُنْتَفع بها مقامَ المنفعة في حقِّ إضافةِ العَقْد إليها؛ ليترتب القَبول علىٰ الإيجاب: كقِيام الذِّمّة التي هي محلُّ المُسَلِّم فيه مَقام المَعْقود عليه في حَقّ جَواز السَّلَم.

وتَنْعَقِدُ ساعةً فساعةً علىٰ حَسَبِ حُدوثِ المَنْفعة؛ ليقترن الانعقاد بالاستيفاء، فيَتَحَقَّقُ بهذا الطَّريق التَّمَكُّن من استيفاء المعقود عليه.

والدَّليلُ علىٰ جَوازِها قوله تعالىٰ: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦]، وقوله تعالىٰ: {لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا} [الزخرف: ٣٢]: أي بالعمل بالأجر. وقال ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[1]، وبُعِثَ ﷺ والنّاسُ يتعاملون بها فأقرَّهم علىٰ ذلك، وعليه الإجماعُ.

ولا تَنْعَقِدُ بلفظ البَيْع؛ لأنّه وَضعٌ لتمليك الأعيان، والإجارةُ تمليكُ منافعَ معدومةٍ.

ويَبْدأ بتسليم المَعْقود عليه؛ ليتمكّن من الانتفاع؛ لأنّ عَيْنَ المَنْفعة لا يُمكن تسليمُها، فأَقَمنا التَّمكين من الانتفاع مَقامه.

قال: (**ولا بُدَّ من كون المَنافع والأُجرة مَعلومةً**) قطعاً للمُنازعة؛ ولما تَقَدَّمَ من الحديث.

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجرته» في مسند أبي حنيفة ص٨٩، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٦٦، والفردوس ١: ٣٠٧، وغيرها.

قال: (**وما صَلُحَ ثمناً صَلُحَ أُجرةً**)؛ لأنّها ثمنٌ أيضاً.

فالمَكيلُ والمَوْزونُ والمَزْروعُ والمَعْدودُ والمُتَقاربُ يَصْلُحُ أُجرةً على الوجه الذي يصلح ثَمَناً، والحيوان يَصْلُحُ إن كان عَيْناً، أمَّا دَيناً فلا؛ لأنّه لا يثبت في الذِّمّة.

والمنفعةُ تَصْلُحُ أُجرةً في الإجارة إذا اخْتَلَفَ جِنْساهما، ولا تَصْلح ثَمناً في البَيْع؛ لأنّ الثَّمنَ يُمْلكُ بنفسِ العَقْد، والمَنْفعة لا يُمْكن تمليكُها بنفس العَقْد.

قال: (**وتَفْسَدُ بالشُّروطِ، ويَثْبُتُ فيها خِيار الرُّؤيةِ والشَّرْطِ والعَيْب، وتُقالُ وتُفْسَخُ**)، كما في البيع.

قال: (**والمَنافعُ تُعْلَمُ بذِكْرِ المدّةِ كسُكْنَى الدَّار وزَرْع الأَرْضين مُدّةً معلومةً**)؛ لأنّ المدّةَ إذا عُلِمَت تَصيرُ المَنافِعُ مَعْلومةً.

(**أو بالتَّسْميةِ كصَبْغ الثَّوْب، وخِياطتِه، وإجارةِ الدّابّة لحَمْل شيءٍ مَعْلوم أو لِيَركَبَها مَسافةً مَعْلومةً**)؛ لأنّه إذا بَيَّنَ لَوْنَ الصَّبْغ وقَدْرَه وجِنْسَ الخِياطةِ وقَدْرَ المَحْمول وجِنْسه والمَسافة تَصير المَنافع مَعْلومةً.

(**أو بالإشارةِ كحَمْل هذا الطَّعام**)؛ لأنّه إذا عُرِف ما يَحْمِلُه والمَوْضع الذي يَحْمِلُه إليه تصير المَنْفعةُ مَعْلومةً.

قال: (**وإن استأجرَ داراً أو حانوتاً، فله أن يَسْكُنَها ويُسْكِنَها مَن شاء ويَعْمَلَ فيها ما شاء**) من وضع المَتاع وربط الحيوان وغيره وإن لم يُسَمِّ ذلك؛

لأنّ المَقْصودَ المُتَعارف من الدُّور والحَوانيت ذلك، ومَنافعُ السُّكْنى غيرُ مُتَفاوتةً في ذلك.

قال: (**إلا القِصارةَ والحِدادةَ والطَّحْن**)؛ لأنّها تُوهنُ البناء، وفيه ضررٌ، فلا يقتضيه العَقد إلا بالتَّسمية.

وإن كانت الدَّار ضَيِّقةً ليس له أن يَرْبِطَ الدَّابَّة فيها؛ لعدم العادة.

قال: (**وإن استأجرَ أرضاً للزِّراعةِ بَيَّنَ ما يُزْرع فيها أو يَقُول: على أن يَزْرعَها ما شاء**)؛ لأنّ مَنافعَ الزِّراعةِ مُخْتلفةٌ.

وكذلك تَضَرُّرُ الأرضِ بالزَّراعةِ مختلفٌ باختلافِ المزروعاتِ، فيُفضي إلى المُنازعة، فإذا بَيّن ما يُزرع أو قال: على أن يَزْرعَها ما شاء انقطعت المُنازعة.

(**وهكذا رُكوب الدَّابة ولُبْس الثَّوب**)، وكلُّ ما يختلفُ باختلافِ المُسْتَعْمِلين؛ لأنّ النَّاسَ يختلفون في الرُّكوب واللُّبس، فيفضي إلى المنازعة، فإذا عَيَّنَ أو أَطْلَقَ فلا مُنازعةَ.

(**إلا أنَّه إذا لَبِس أو رَكِب واحدٌ تعيَّن**)، فليس له أن يُركب أو يُلبس غيرَه، كما إذا عَيّنه في الابتداء.

ويَدْخل في إجارةِ الدّور والأَرْضين الطَّريقُ والشِّربُ؛ لأنّ المقصودَ المنفعة ولا منفعة دونهما.

قال: **(وإذا استأجر أَرْضاً للبناء والغَرْس فانقضت المدّةُ يجب عليه تسليمُها فارغةً كما قَبَضَها)**؛ ليتمكن مالكُها من الانتفاع بها، فيقلع البناء والغَرْس؛ لأنّه لا نهايةَ لهما.

(والرَّطْبَةُ كالشَّجر)؛ لطول بَقائه في الأرض.

أمّا الزَّرْعُ فله نِهايةٌ معلومةٌ، فيُتْرَكُ بأَجر المِثْل إلى نهايته رعايةً للجانبين.

(فإن كانت الأرضُ تنقصُ بالقَلْع يَغْرَمُ له الآجر قيمةَ ذلك مَقْلوعاً ويَتَمَلَّكُه) ترجيحاً لجانبِ الأرض؛ لأنّها الأَصلُ، والبناءُ والغَرْسُ تبعٌ، وإنّما يغرمُ قيمتَه مَقْلوعاً؛ لأنّه مُسْتَحِقُّ القَلْع، فتُقَوَّمُ الأَرضُ بدون البناء والشَّجر، وتُقَوَّمُ وبها بناء أو شجر، ولصاحب الأرض أن يأمره بقلعِهِ، فيضمن فضل ما بينهما.

(وإن كانت الأرضُ لا تَنْقُصُ، فإن شاءَ صاحب الأرض أن يضمنَ له القيمة)، كما تَقَدَّم، **(ويتملَّكُه، فله ذلك برضى صاحبه أو يتراضيان، فتكون الأرض لهذا والبناء لهذا)**؛ لأنّ الحقَّ لهما.

قال: **(وإن سَمَّى ما يحملُه على الدّابّة: كقَفيز حنطةٍ، فله أن يَحْمِلَ ما هو مثلُهُ أو أخفُّ كالشعير، وليس له أن يَحْمل ما هو أَثْقَل كالملح.**

وإن زادَ على المُسمّى فعَطِبَت ضَمِنَ بقدر الزِّيادة، وإن سَمَّى قَدْراً من القُطْن فليس له أن يَحْمِلَ مثلَ وزنِهِ حَديداً).

والأصلُ[1] أنّ المستأجرَ إذا خالفَ إلى مثلِ المُشْروط أو أَخَفّ، فلا شيء عليه؛ لأنّ الرِّضا بأعلى الضَّررين رضى بالأدنى، وبمثله دلالة.

وإن خالف إلى ما هو فوقه في الضرر فعطبت الدابّة، فإن كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابّة؛ لأنه متعد في الجميع ولا أجر عليه.

وإن كان من جنسه ضَمِنَ بقدر الزّيادة وعليه الأجر؛ لأنها هلكت بفعل المأذون وغير مأذون، فيقسم على قدرهما، إلا إذا كان قَدْراً لا تُطيقُه فيضمَنُ الكلَّ؛ لكونه غيرَ معتادٍ، فلا يكون مأذوناً فيه.

والحديدُ أضرُّ من القُطن؛ لأنّه يجتمع في موضعٍ واحدٍ من ظَهْر الدَّابّة، والقُطْنُ يَنْبَسِطُ.

قال: (**وإن استأجرها ليركبها، فأردف آخر ضَمِن النِّصف**)، وهي نظيرُ الزِّيادة من الجنس تعليلاً وتفصيلاً.

قال: (**فإن ضربَها فعَطِبَت ضَمِنَها**)، وكذلك إن كَبَحها بلجامها، إلا أن يكون أذن له في ذلك.

وقالا: لا يضمن إلا أن يتجاوز المعتاد؛ لأنّه لا بُدّ من الضَّرب المتعاد في السّير، فكان مأذوناً فيه؛ لأنّ المعتادَ كالمشروط.

---

(١) والأصل: أنَّ مَن استحقَّ منفعةً مقدرةً بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز؛ لدخوله تحت الإذن، ولو أكثر لم يجز؛ لعدم دخوله تحته، كما في اللباب ١: ٢٥٠.

ولأبي حنيفة: أنّ السَّيرَ يُمكن بدون ذلك بتحريك الرِّجل والصَّيحة، فلا يملك ذلك إلا بصَريح الإذن.

وكذا لو استأجر حِماراً بسرج فأَوْكَفَه[1] ضَمِن عنده.

وقالا: لا يضمن إلا أن يكون أثقل من السرج، فيضَمْن قدرَ الزِّيادة، أو يكون لا يُوكف بمثله الحُمُر، فيضمن الكلّ؛ لأنه إذا كان يوكَفُ بمثلِه الحمر صار هو والسَّرج سواء، فيكون مأذوناً فيه دلالةً.

وله: أنّ الإكافَ للحَمْل والسَّرْج للركوب، فكان خلافَ الجنس؛ ولأنّه ينبسط على ظَهْر الدَّابة أكثر من السَّرْج، فكان أضرّ، فيضمن للمُخالفة.

فصل [أنواع الأجراء]

(**الأجراء:**

١. **مشترك**[2]**: كالصّباغ والقصّار**)؛ لأنّ المعقودَ عليه إمّا العَمَل أو أثره، والمنفعةُ غيرُ مستحِقةٌ، فله أن يعمل للغير، فكان مشتركاً.

(**ولا يستحقُّ الأُجرةَ حتى يَعْمَلَ**)؛ لأنّ الأجرةَ لا تستحقُّ بالعَقْد على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

---

(١) الإيكاف والأكاف من الراكب شبه الرِّحال والأقتاب، كما في اللسان١: ١٠٠.

(٢) وهو الذي يعمل لعامة الناس كالخياط، ويستحقّ الأجر بالعمل، ولا يضمن ما هلك في يده، كما في شرح الوقاية ص٧٣٩-٧٤٠.

(والمالُ أمانةٌ في يده)[١]؛ لأنّه قبضَه بإذن المالك، فلا يضمنه، **(إلا أن يتلف بعملِه: كتخريق الثَّوب من دقِّه وزَلَق الحَمّال وانقطاع الحَبْل من شدِّه**[٢] **ونحو ذلك)**؛ لأنّه مضافٌ إلى فعلِه، وهو لم يؤمر إلا بعمل فيه صلاحٌ، فإذا أفسده فقد خالف فيَضْمَنُ، **(إلا أنّه لا يَضْمَنُ الآدمي إذا غَرِق في السَّفينة من مدّه، أو سَقَطَ من الدَّابّة بسَوْقِه وقَوْدِه)**، لأنّ الآدميَّ لا يضمنُ بالعَقْد، وإنّما

---

(١) هذا قول أبي حنيفة وزفر والحَسَن ﷺ، وجزم به أصحابُ، المتون مثل: الملتقى ص١٦٣، والتنوير ص١٨٩، والغرر ٢: ٢٣٥، وغيرها، وفي مجمع الأنهر٢: ٣٩١: «وفي الخانية: والفتوى على قول الإمام، وفي المنح: وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات... وكان هو المذهب».
وفي الدرر٢: ٢٣٥، وفتح باب العناية ٢: ٤٤٠: واختار المتأخرون من أصحابنا الصلحَ على النصف بكلّ حال، وأفتوا به عملاً بأقوال الصحابة ﷺ والفقهاء بقدر الإمكان، أي: عملاً بالقولين، ومعناه عمل في كلِّ نصفٍ بقول، حيث حطّ النصف وأوجب النصف، بزّازية، قال في شرح الملتقى: قال الزاهدي: على هذا أدركتُ مشايخنا بخوارزم، وأقرّه القُهُستاني، اهـ، وفي جامع الفصولين منهم: شمس الأئمة والأوزجندي وأئمة فرغانة، كما في ردّ المحتار٦: ٦٥.
وفي التبيين: وبقولهما يفتى اليوم؛ لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم، اهـ، وقال العيني: وبه يعني بما قالا أفتى بعضهم، وبقول الإمام ﷺ آخرون، وأفتى بالصلح جماعة منّا، اهـ، وقال قاضي خان: والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة ﷺ، اهـ، كما في الشرنبلالية٢: ٢٣٥.
(٢) لأنَّ التلف الحاصلَ به حصلَ من تركه التوثيق في شدِّ الحبل وغرق السفينة من مدّ الملاح إيّاها، كما في جامع الرموز٢: ٧٧.

يضمنُ بالجناية[1].

ولو غَرِقَت من مَوْج أو رِيحٍ أو صَدْمِ جَبَلٍ أو زوحم الحمال، فلا ضمان عليهم؛ لأنّه لا فعل لهم في ذلك.

ولو تَلِفَ بفعل أجير القَصّار لا متعمداً، فالضَّمان على الأستاذ؛ لأنّ فعلَ الأجير مضافٌ إلى أُستاذه.

وقال أبو يوسف ومحمد ﭬ: يَضْمنُ سواءٌ هَلَكَ بفعله أو بغير فعله، إلا ما لا يُمكن الاحتراز عنه: كالمَوْت والحريق والغَريق الغالب، والعدوِّ المكابر؛ لأنّه يجب عليه حفظه عمّا يُمكن التَّحرُّز عنه، فإذا تركه ضَمِن، كما إذا هَلَكَ بفعله، وهو مَرْوي عن عُمر[2] وعليّ[3] ﭬ.

---

(١) ولهذا لا تتحمله العاقلة إلاّ إذا كان بالجناية، وقيل: هذا إذا كان كبيراً ممّن يستمسك على الدابّة ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنَّه لا فرق، كما في التبيين٥: ١٣٦، قال الأتقاني: والصحيح عدم الفرق، هكذا روى ابنُ سماعة عن أبي يوسف ﭬ في الرضيع، كما في الشلبي٥: ١٣٦، وفي مجمع الضمانات ص١٨٩: «رجل حمل صبياً على دابة فقال له: امسك لي، فسقط الصبيّ عن الدابة، كان ديةُ الصبيّ على عاقلة الذي حمله على كل حال، سواء كان الصبيّ يستمسك على الدابّة أو لا».

(٢) فعن بكير بن الأشج: «أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصناع الذين في السوق وانتصبوا للناس ما دفع إليهم» في الموطأ١: ٦٢، ولفظه ابن أبي شيبة١١: ٨٣: «أن عمر بن الخطاب ﭬ ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم».

(٣) فعن علي ﭬ: «أنه كان يُضَمِّنُ القُصّار والصُّواغ، وقال: لا يصلح النَّاس إلا ذلك»

ثمّ إن شاء ضَمِنه مَعْمولاً وأعطاه الأَجر وغيرَ مَعْمول، ولا أَجر له.

وقال زُفر رضي الله عنه: لا يضمن في الوجهين؛ لأنّه عملٌ بأمر المالك، وصار كأَجير الوحد.

وجوابه ما مرّ لأبي حنيفة رضي الله عنه.

قال: (**ولا ضَمان على الفَصّاد والبَزّاغ[1] إلا أن يتجاوزَ الموضعَ المعتاد**)؛ لأنّه إذا فعل المعتادَ لا يُمكنُه الاحتراز عن السِّراية؛ لأنّه يبتني على قُوَّةِ المِزاج وضَعْفِه، وذلك غيرُ معلوم، فلا يتقيَّد به، بخلاف دَقِّ الثَّوب؛ لأنّ رِقَّته وثَخانتَه تُعرفُ لأهل الخِبْرة به، فتُقَيَّدُ بالصَّلاح.

ولو قال للخيّاط: إن كفاني هذا الثَّوب قميصاً فاقطعه فقطعه، فلم يكفه ضَمِن؛ لأنّه إنّما أذن له في القَطْع بشرطِ الكفاية.

ولو قال له: هل يَكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطع فلم يَكْفِهِ لا يَضْمَنُ؛ لأنّه أمره بالقَطْع مُطلقاً.

٢. قال: (**وخاصٌّ[2]: كالمستأجر شهراً للخِدمةِ ورَعي الغَنَم ونحوه**)؛ لأنّ منافعَه صارت مستَحَقة للمُستأجر طول المدّة، فلا يُمكنه صرفها إلى غيره، فلهذا كان خاصّاً، ويُسمّى أَجير الوَحْد أيضاً.

في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٨٣.

(١) بزَّاغ: أي بيطار، هو خاص بالبهائم، كما ي رد المحتار٥: ٤٣.

(٢) وهو الذي يعمل لواحد، ويستحقُّ الأَجر بتسليم نفسه مُدّته وإن لم يعمل، أي: إذا

(**ويَسْتَحِقُّ الأُجرة بتسليم نفسِه وإن لم يَعْمَل**)؛ لأنّها مقابلةٌ بالمَنافع، وإنّما ذَكَرَ العَمَل لصرفِ المَنْفعةِ المُسْتَحَقّة إلى تلك الجهة، ومنافعُه صارت مُستوفاة بالتَّسليم تقديراً، حيث فوَّتها عليه، فاستحقّ الأُجرة.

قال: (**ولا يضمن ما تَلِفَ في يده**)؛ لما مرّ، (**ولا بعملِه إذا لم يتعمَّد الفَساد**)؛ لأنّ المعقودَ عليه المنفعةَ، وهي سَليمةٌ، والمعيبُ العملُ الذي هو تَسليم المَنفعة، وهو غيرُ معقودٍ عليه، ولا يكون مَضْموناً عليه، ولأنّ المَنافعَ إذا صارت ملكاً للمستأجر، فإذا أمره بالعمل انتقلَ عملُه إليه؛ لأنّه يصيرُ نائباً عنه، فيصير كأنّه فعله بنفسِهِ.

وما تلف من عملِه ضَمانُه على أُستاذِه؛ لما أنّه أَجيرٌ خاصٌّ.

قال: (**ومَن استأجر عبداً، فليس له أن يُسافر به، إلا أن يشرطَه**)؛ لأنّ خدمةَ السّفر أشقّ، فلا ينتظمها العقد إلا بشرط.

فإن استأجره للخدمة، فعليه خدمته من السَّحَر إلى أن يَنام النّاس بعد العشاء، عملاً بالعرف في الخدمة، وعليه خدمةُ البَيْت والضَّيف دون الخبز والطَّبخ والخِياطة وعَلَفِ الدَّواب ونحو ذلك.

ولو آجر عبدَه سنةً، ثمّ أَعتقه في خلالها جاز العِتق، والعبدُ إن شاء مَضَى

سَلَّم نفسه ولم يعمل مع التَمكُّن، أَمّا إذا امتنعَ من العمل ومضت المدّة أو لم يتمكّن من العملِ لعذر ومضت المدَّة لم يستحقّ الأجر؛ لأنَّه لم يوجد تسليم النفس، كما في الكفاية٨: ٦٨.

على الإجارة وإن شاء فَسَخَ، وأُجرةُ ما مَضَىٰ للسَّيد وما بَقِي للعَبْد؛ لأنّ منفعتَه بعد العتق له، فيكون له بَدَلُها، وإذا أجاز فليس له فسخها بعد ذلك، وليس للعبد قبض الأجرة لا بإذن المولى.

فصل [استحقاق الأجرة]

(**والأجرةُ تستحقُّ باستيفاءِ المعقودِ عليه أو باشتراطِ التَّعجيل أو بتعجيلِها**)؛ لأنّ الأجرةَ لا تجب بنفسِ العَقْد؛ لقوله ﷺ: «أعطوا الأجيرَ أجرَه قبل أن يجفَّ عرقُه»(١)، ولو وَجَبَت بنفس العَقْد لما جاز تأخيره إلا برضاه، والنَّصُّ يقتضي الوجوب بعد الفَراغ؛ لأنّ العَرَقَ إنّما يوجد بالعَمَل، ولأنّ المَنْفعةَ لا يُمكن استيفاؤها لذي العَقِد؛ لأنّها تحدثُ شَيئاً فشَيْئاً، وهي عقدُ مُعاوضةٍ، فتقتضي المساواة، فلا تجب الأُجرةُ بنفس العَقْد، فإذا استوفى المعقودَ عليه استحقَّ الأُجرةَ عملاً بالمساواة، وإذا اشترط التَّعجيل أو عَجَّلها، فقد رَضِي بإسقاطِ حَقِّه في التَّأجيل فيَسْقُط.

قال: (**وإذا تَسَلَّمَ العينَ المستأجرة، فعليه الأجرةُ وإن لم ينتفع بها**)؛ لأنّ تسليم المنفعة غيرُ ممكن فأُقيم تسليم العين مقامها فيتمكن من الانتفاع.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» في سنن ابن ماجة ٢: ٨١٧، والمعجم الصغير ١: ٤٣، ومسند الشهاب ١: ٤٣٣، قال المنذري في الترغيب ٣: ١٤: من رواية عبد الرحمن بن زيد وقد وثق.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثمَّ غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره» في صحيح البخاري ٢: ٧٩٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦.

قال: (**فإن غُصِبَت منه سَقَطَ الأَجر**)؛ لأنّه زال التَّمكُّن، فبطلت لما بيَّنّا أنّها تنعقد شيئاً فشيئاً.

ولو غصبها في بعضِ المدّةِ سقطت حصتُه؛ لما بيَّنّا.

قال: (**ولربِّ الدّار أن يُطالبَ بأُجرةِ كلِّ يوم**)، وكذا جميع العَقار؛ لأنّ أحدَ
العِوَضين صار مُنْتفعاً به مدّةً مَقْصودةً، فيجب أن يكون العِوَضُ الآخر كذلك تحقيقاً للمساواة.

وقضيةُ ما ذكرنا: أنّ له المطالبة ساعةً فساعةً، إلا أنّ فيه حرجاً عظيماً، وضرراً ظاهراً فقدّرناه باليوم تيسيراً، ولأنّا لا نَعْرِفُ حِصّة كلِّ ساعةٍ.

قال: (**والجَمّالُ بأُجرة كلّ مرحلةٍ**)؛ لما بيّنّا.

وعن أبي يوسف ﷺ: إذا سار ثلث الطَّريق أو نصفه لزمه التَّسليم.

وعن أبي حنيفة ﷺ: إذا انقضت المدّة وانتهى السَّفر، وهو قولُ زُفر ﷺ؛ لأنّ المعقودَ عليه شيءٌ واحدٌ، وهو قَطْعُ هذه المسافة أو سُكْنى هذه المدّة، فلا ينقسم الأَجر على أجزائها كالعَمَل، وكأن أبا يوسف ﷺ أقام الثُّلُث أو النِّصف مقام الكلِّ على أصلِه، وجوابه ما بيّنّا، ثمّ رجع أبو حنيفة ﷺ إلى ما ذكرنا أوّلاً.

قال: (**وتمامُ الخبزِ إخراجُه من التَّنور**)، وكذلك الآجرُ؛ لأنّه لا يُنْتفعُ به قبل ذلك، فلو احترق أو سَقَطَ من يدِه قبل ذلك، فلا أَجر له بهلاكه قبل

التَّسليم، وإن هَلَكَ بعد الإخراج بغير فعلِه، فلا ضمان عليه وله الأَجر؛ لأنّه سَلَّمه إليه حيث وضعه في بيته ولم يهلك بفعلِه.

قال: (**وتمامُ الطَّبخ غَرْفُه**) إن كان في وليمةٍ، وإن طُبِخ قدر طَعام لصاحبه، فليس عليه الغَرف للعرف.

قال: (**وتمامُ ضَرْب اللَّبِن إقامَتُه**).

وقالا: تشريجُه؛ لأنّ بالتَّشريج يؤمن عليه الفَساد، وهو من عملِه عرفاً فيلزمه.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ العملَ تمّ بالإقامة؛ لأنه يُمكنه الانتفاع به من غيرِ خللٍ، فلا يلزمُه شيءٌ آخر، والتَّشريجُ[1] فعلٌ آخر، فلا يلزمه إلا بالشَّرط.

ولو كان في غير ملكَه، فما لم يُشَرِّجه ويُسلمُه إلى المستأجر فلا أجر له، وهو في ضمانِه.

قال: (**ومَن لعلمه أثرٌ في العين: كالصَّبّاغ والخَيّاط والقَصّار يحبسها حتى يستوفي الأَجر**)؛ لأنّ له حبسَ صبغه وغيره بحبس المحلّ حتى يستوفّي الثَّمن كالمبيع، (**فإن حبسَها فضاعت لا شيءَ عليه**)؛ لأنّه أمانةٌ في يده، (**ولا أَجرَ له**).

وعندهما: هو مضمونٌ بعد الحبس كقَبْلِه، فإن ضَمِنَه مَعْمولاً، فله الأجر، وغيرُ معمول لا أَجر له.

---

(١) أي: ينضدها بضم بعضها إلى بعض، كما في البناية٧: ٨٩١.

قال: (**ومَن لا أثر لعملِه: كالحَمّال والغَسّال ليس له ذلك**)؛ لأنّه ليس له عينٌ يحبسها، والمعقودُ عليه نفس العمل، فلا يتصوّر حبسه، فإن حبسه فهو غاصب، بخلاف ردِّ الآبق حيث له حبسُه على الجُعل، وإن لم يكن لعملِه أثر؛ لأنّه عُرف نصّاً، ولأنه كان على شرف الهلاك وقد أَحياه بالرَّدِّ فكأنّه باعه.

قال: (**وإذا شَرَطَ على الصَّانع العمل بنفسِه ليس له أن يستعملَ غيرَه**)؛ لأنّ العملَ يختلف باختلاف الصُّناع جودةً ورداءةً، فكان الشَّرطُ مُفيداً، فيتعيّنُ كما تتعيّن المنفعة في محلّ بعينه، وإن أطلقَ له العَمَل، فله أن يعمل بنفسِه وبغيره؛ لأنّ المستحقّ مطلق العمل، ويُمكنه إيفاؤه بنفسِه وبغيره فافترقا.

قال: (**وإن قال: إن سَكَنتُ هذا الحانوت عطاراً فبدرهم، وحَداداً بدرهمين جاز، وأي العَمَلين عمل استحقَّ المُسمَّى له**).

وقالا: الإجارةُ فاسدةٌ.

وعلى هذا الخِلاف إن استأجر دابّةً إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين، أو إن حمل عليها كرَّ شعيرٍ فبدرهمٍ وكرَّ حِنْطة بدرهمين.

لهما: أنّ المعقودَ عليه أحدُ الشَّيئين، والأَجْرُ أحد الأُجرين، وتجب بالتَّخلية والتَّسليم وأنّه مجهول، بخلاف الخياطة الرُّوميّة والفارسيّة؛ لأنّ الأجرةَ تجب بالعمل، وبه ترتفع الجهالة فافترقا.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه خيَّره بين عقدين مختلفين صحيحين؛ لأنّ سكنى العطّار تخالف سكنى الحداد، حتى لا تدخل في مطلق العقد، وكذا بقيّة

المسائل، والإجارة تُعْقَدُ للمنفعة، وعندها ترتفع الجهالة، فيصحّ كالفارسية والرُّومية، وإن وجب الأجر بالتَّسليم يجب أقلّهما للتَّيقُّن به.

ولو قال: إن خطّت هذا الثَّوب فارسيّاً فبدرهم، ورومياً فبدرهمين جاز، وأيّ العملين عمل استحقّ أُجرته، وقد مَرّ وجهه.

وقال زفر رضي الله عنه: الإجارةُ فاسدةٌ؛ لجهالةِ البدل في الحال، وجوابه ما مرّ.

فصل [الإجارة الفاسدة]

اعلم أنّ الإجارةَ تفسدُ بالشُّروط كما يفسدُ البيع، وكلُّ جهالة تفسدُ البيع تُفسدُ الإجارةَ، من جهالةِ المعقودِ عليه أو الأُجرةِ أو المدّةِ؛ لما عُرِف أنّ الجهالةَ مفضيةٌ إلى المنازعة.

والأصلُ قوله صلى الله عليه وسلم: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»(١)، شرطَ أن تكون الأجرةُ معلومةً كما شرطَه في البيع.

ولو آجر الدَّار على أن يُعمِّرَها أو يطيِّنَها أو يضعَ فيها جذعاً، فهو فاسدٌ لجهالة الأُجرة؛ لأنّ بعضَها مجهول؛ لأنّه لا يدري ما يحتاج إليه من العِمارة.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجرته» في مسند أبي حنيفة ص٨٩، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٦٦، والفردوس ١: ٣٠٧، وغيرها.

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن استئجار الأجير ولم يبيِّن، حتى يبيِّن له أجره» في مراسيل أبي داود ص١٦٨، قال الشيخ شعيب: رجاله ثقات رجال مسلم إلا أنَّ إبراهيم لم يسمع من أبي سعيد.

ويُعرفُ غيرها من الشُّروط المُفسدة لَمَن يتأمّلها فتُقاس عليها.

(وإذا فَسَدَت الإجارةُ يجب أَجر المِثْل)؛ لأنّ التَّسميةَ إنّما تجب بالعُقود الصَّحيحة، أمّا الفاسدةُ، فتجبُ فيها قيمةُ المَعْقود عليه كما في البَيع، وقال ﷺ في النّكاح بغير مهر: «فإن دَخَلَ بها فلها مهرُ مِثْلها لا وَكَسَ ولا شَطَط»[1]، فدلّ على وجوب القيمة في العقد الفاسد.

(ولا يُزاد على المُسمّى)؛ لأنّ المَنافعَ لا قيمة لها إلا بعقد أو شبهة عقد ضرورة لحاجة النّاس، وقد قوَّماها في العقدِ بما سميا، فيكون ذلك إسقاطاً للزّيادة، بخلاف البيع؛ لأنّ الأَعيانَ متقوّمةٌ بنفسها، فإذا بَطَلَ المُسمّى يصير كأنّها تَلِفَت بغيرِ عقدٍ، فتجب القيمة.

قال: **(وإذا استأجر داراً كلَّ شهر بدرهم صَحَّ في شهرٍ واحدٍ)**؛ لأنّه معلومٌ، **(وفَسَدَ في بقيّة الشُّهور)**؛ لأنَّ «كلّ» كلمةٌ للعموم وأنّه مجهول[2]، **(إلا**

---

(١) فعن ابن مسعود ﷺ سئل عن رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود ﷺ: «لها مثل صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت ففرح بها ابن مسعود ﷺ» في صحيح ابن حبان ٩: ٤٠٩، وجامع الترمذي ٣: ٤٥٠، واللفظ به، وقال: حسن صحيح، وسنن الدارمي٢: ٢٠٧، وسنن النسائي ٣: ٣١٦، ومسند أحمد ٣: ٤٨٠، وأمالي المحاملي ١: ٧٠، وغيرها.

(٢) معناه أن كلمةَ كلّ إذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف إلى الواحد؛

أن يُسمَّي شهوراً معلومةً)، فيكون صحيحاً في الكلّ؛ لكونه معلوماً.

قال: **(فإذا تَمَّ الشَّهْرُ)** في المسألة الأولى، **(فلكلٍّ واحدٍ منهما نقضُ الإجارة)**؛ لانتهاءِ المُدّة، **(فإن سَكَنَ ساعةً في الشَّهر الثَّاني صَحّ العَقْدُ فيه)** أيضاً، **(وكذلك كلُّ شهرٍ سَكَنَ أوّله)**[1]؛ لتمام العَقْد بتراضيهما بالسُّكنى، وقيل: يبقى الخيارُ لهما في أوّل ليلة في الشَّهر ويومها دفعاً للحَرَج عنهما؛ لما فيه من اللزوم بغير التزامهما.

قال: **(ومَن استأجر جملاً ليَحْمِلَ له مَحْمَلاً إلى مَكّة جاز، وله المُعتادُ من ذلك)**، والقياسُ: أن لا يجوز؛ لأنّه مجهولٌ، إلا أنّ الأصلَ أنّ ما لا نَصَّ فيه يُرجع فيه إلى المُتعارف، والمقصودُ الرَّاكبُ والمَحْمِل تبعٌ، والجَهالةُ فيه تَرْتَفعُ بالرُّجوع إلى المعتاد فلا تُفضي إلى المنازعة، وإن شاهد الجَمّال المَحْمِلَ فهو أولى قطعاً للمنازعة لدلالته على الرِّضى.

قال: **(وإن استأجره لحمل الزّاد فأكل منه، فله أن يَرُدَّ عِوَضه)**؛ لأنّه

لكونه معلوماً، وفسد في الباقي؛ للجهالة، كما في البحر٨: ٢٠.

(١) هذا موافق لما ذكرر القدوري، وهو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكلِّ واحدٍ منهما في الليلة الأولى من الشَّهر ويومها؛ لأنَّ في اعتبار الأول بعض الحرج، «هداية»، وفي «التصحيح»: قال في «الجوهرة» و«التبيين»: هذا قول البعض، أما ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها، وبه يفتى، قال القاضي: وإليه أشار في ظاهر الرواية وعليه الفتوى، اهـ، كما في اللباب١: ٢٥٧.

يستحقُّ عليه حِمْلَ قَدْرٍ مَعْلومٍ طول الطَّريق، فيُرَدَّ عِوَضَ ما أَكَل، وهو مُعتادٌ عند النّاس إذا نقصَ عليهم، وهكذا غيرُ الزَّاد إذا أكله يَرُدُّ مِثْلَه لما بيَّنّا.

ولو استأجر بَعيرين ليحمِلَ على أحدِهما مَحْمِلاً فيه رجلان، وما لهما من الوِطاء والدِّثار[1] ولم يُعاين المُكاري ذلك، وعلى الآخر زامِلةٌ فيه قدر من الزَّاد وما يحتاج إليه من الخَلّ والزَّيت ونحوهما، وما يَكفيه من الماءِ ولم يُبَيِّن قَدْره، وما يَصْلُحُ من القُربةِ وخَيطها والمِيضأة والمِطْهَرة ولم يُبيّن وزنَه، أو شَرَطَ أن يحملَ هدايا من مكّة ما يحملُه النّاس، فهو جائز استحساناً؛ لأنّ ذلك معلومٌ عرفاً، والمعلومُ عُرفاً كالمشروط.

ويَحْمِلُ قربتين من ماءٍ، وإداوتين من أعظم ما يكون.

وكذلك إذا اكترى عُقبةً[2] للتَّعارف.

وكذلك إذا استأجر دابّةً ليَتَعاقَبا في الرّكوب ينزل أحدهما ويركب الآخر، وإن لم يُبيّن مقدار ما يَرْكب كلّ واحد منهما؛ لجريان التّعارف بذلك.

---

(١) الوِطاء: الفراش، والدُّثر جمع دِثار: وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره، كما في العناية٩: ١٥١.

(٢) لعل المقصود بها عقبة الأجير، وفي تفسير عقبة الأجير قولان:
أحدهما: أنّ المستأجر ينزل في كلّ يوم عند الصَّباح والمساء، وذلك معلوم، فيركب أجيره في ذلك الوقت، ويُسمَّى ذلك عقبة الأجير.
والثاني: أن يركب أجيره كلّ مرحلةٍ فرسخاً أو نحوه مما هو متعارف على خشبة خلف المحمِل، ويُسمّى ذلك عقبة الأجير، كما في الهندية٤: ٤٤٠.

قال: (**ويجوز استئجار الظِّئر بأُجرة معلومة**)؛ لقوله تعالى: {فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق:٦]؛ ولأنّ التَّعامل بذلك جار بين الناس(١).

قال: (**ويجوز بطَعامها وكِسْوَتِها**).

---

(١) القياس أن لا يصح استئجار الظئر؛ لأنَّها تَرِدُ على استهلاك العين، وهو اللبن، فصار كاستئجار الشاة ليشرب لبنها، أو البستان ليأكل ثمره، وجه الاستحسان: قوله تعالى: {فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦]، وعليه إجماع الأمة، وقد جرى التعامل به في الأعصار من غير نكير، ولا نسلم أنَّ العقد على استهلاك العين، بل على المنفعة، وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن، كما في التبيين٥: ١٢٨، لأنَّ العقدَ يقع على خدمة الصبيّ، واللبن يدخل على طريق التبع، فكان ذلك استئجاراً على المنفعة أيضاً، واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه وإلباسها إياه وطبخ طعامه ونحو ذلك، واللبن يدخل فيه تبعاً، كالصبغ في استئجار الصباغ، كما في بدائع الصنائع ٤: ١٧٤-١٧٥.

لكن في المبسوط ١٥: ١١٩: «وزعم بعض المتأخرين أنَّ المعقودَ عليه المنفعة، وهو القيام بخدمة الصبيّ وما يحتاج إليه، وأمّا اللبن فتبع فيه؛ لأنَّ اللبنَ عين، والعينُ لا تستحقّ بعقد الإجارة، كلبن الأنعام، والأصحّ أنَّ العقدَ يَرِدُ على اللبن؛ لأنَّه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع، والمعقود عليه هو منفعة الثدي، فمنفعة كلّ عضو على حسب ما يليق به»، وفي التبيين ٥: ١٢٧: «وإلى هذا القول مال شمس الأئمة، وقال: هو الأصح، والأول أشبه بالفقه وأقرب إليه، وقال في الكافي: وهو الصحيح».

وقالا: لا يجوز، وهو القياس للجهالة، فإن طعامَها وكسوتها مجهولٌ، حتى لو شرط قدراً من الطّعام كلّ يوم وكسوة ثوب موصوف الجنس والطُّول والعَرْض كلّ ستّة أشهر جاز بالإجماع.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنّ العادةَ جرت بالتَّوسعة على الأظآر، وعدم المماسكة معهنّ، وإعطائهنّ شهواتهنّ شفقةً على الأولاد.

ويجب عليها القيام بأمر الصَّبيّ ممّا يصلحه من رضاعِه وغَسْل ثيابه وإصلاحِ طَعامِه وما يُداوى به؛ لأنّ هذه الأعمال مشروطةٌ عليها عُرفاً.

ولو أرضعَته جاريتُها أو استأجرت مَن أرضعَته، فلها الأجر؛ لأنّها بمنزلة الأجير المشترك؛ لأنّ المعقودَ عليه العَمل.

ولو شرط أن ترضعَه بنفسها فأرضعَته جاريتُها، فلا أجر لها للمخالفة فيما فيه تفاوت[1]، وقيل: لها الأَجر؛ لأنّ المقصودَ من الإرضاع حياةُ الصبيّ، وهما سواء فيه، وما بينهما من التَّفاوت يسيرٌ لا يعتبرُ.

ولو أرضعَته بلَبَنِ غَنَمٍ أو بَقَرٍ فلا أَجر لها[2]؛ لأنّه إيجارٌ وليس بإرضاع.

---

(١) وفي «الذخيرة»: اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنها لا تستحق اهـ ومثله في «التتارخانية»، كما في رد المحتار٦: ٥٤، وفي الدر٦: ٥٤: وهو الأصح، «شرنبلالية».

(٢) لأنّها استؤجرت على منفعةٍ مخصوصة، وهي خدمةُ الرَّضاع، واللَّبنُ مُسْتَحِقٌّ على طريق التبع كالصَّبْغِ في الثَّوب، كما في خلاصة الدلائل.

قال: (**ولا يُمْنَعُ زوجُها من وطئها**)؛ لأنّ حقَّه ثابتٌ بالنِّكاح قبل الإجارة، وهو قائمٌ بعدها، ولهم منعُه من غشيانها في مَنْزِلهم مخافةَ الحَبَل[1]، ولأنّه ليس له ولاية الدُّخول إلى ملك الغير بغير أَمره، فإن حَبِلَت فلهم فسخُ الإجارة.

وكذلك إن كان الصَّبيُّ لا يرضع لَبَنَها أو يقذفُه أو يتقايأه، أو تكون سارقةً أو فاجرةً، أو يريدون السَّفَر؛ لأنّ كلّ ذلك أعذارٌ، ولأنّ الصَّبيَّ يَسْتَضِرُّ بلَبَنِها.

وكذلك إذا مَرِضَت.

وكذا لو مات الصَّبيُّ أو الظِّئْرُ انتقضت الإجارة.

ولزوجها نَقْضُ الإجارة إذا لم يرض صِيانة لحقِّه.

قال: (**ولا تجوز الإجارة على الطَّاعات كالحجِّ والأَذان والإمامةِ وتعليم القرآن والفقه**)؛ لما روي عن عثمان بن أبي العاص ﷺ أنّه قال: آخر ما عَهِدَ إليّ رسول الله ﷺ: «أن لا أتخذ مؤذناً يأخذ على الأذان أجراً»[2]، ولأنّ القُرْبة تقع

---

(١) الأولى التعليل بما علل فيه في الهداية٩: ١٠٦: «المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله؛ لأنَّ المنزل حقّه».

(٢) في سنن الترمذي ١: ٤٠٩، وسنن ابن ماجة١: ٢٣٦.

وعن عثمان بن أبي العاص ﷺ ، قال: قلت: «يا رسول الله اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتّخذ مؤذِّناً لا يأخذ على أذانه أجراً» في المستدرك١: ٣١٤، وصححه، وصحيح ابن خزيمة١: ٢٢١، وسنن أبي داود١: ٢٠١.

وعن يحيى البكاء ﵁ قال رجل لابن عمر ﵄: «إني لأحبّك في الله، فقال ابن عمر ﵄: لكني أبغضك في الله، قال: ولِمَ؟ فقال: إنك تنقي في أذانك وتأخذ عليه أجراً» في المعجم الكبير١٢: ٢٦٤، ومصنف عبد الرزاق١: ٤٨١.

وعن أُبي بن كعب ﵁ قال: «علمت رجلاً القرآن فأهدى لي قوساً، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: لو أخذتَها أخذتَ قوساً من نار، فردّدتها» في سنن ابن ماجه ٢: ٧٠.

وعن الطفيل بن عمرو الدوسي ﵁، قال: «اقرأني أبي بن كعب القرآن، فأَهديت له قوساً فغدا إلى النبي ﷺ متقلّدها، فقال له النبي ﷺ: مَن سلحك هذه القوس يا أبي؟ فقال الطفيل بن عمرو الدوسي أقرأته القرآن، فقال له رسول الله ﷺ: تقلدها شلوة من جهنم، فقال يا رسول الله: إنا نأكل من طعامهم، فقال: أما طعام صنع لغيرك فحضرت فلا بأس أن تأكله» في المعجم الأوسط١: ١٣٩، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ر٦٤٤٦: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عبد الله بن سليمان بن عمير، ولم أجد مَن ترجمه، ولا أظنه أدرك الطفيل».

وعن عطية بن قيس الكلابي ﵁ قال: «علم أبي بن كعب ﵁ رجلاً القرآن فأتى اليمن فأهدى له قوساً، فذكر ذلك للنبيّ ﷺ، فقال: إن أخذتها فخذ بها قوساً من النار» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٥.

وعن عبد الرحمن بن شبل ﵁، قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به، ولا تجفوا عنه، ولا تغلوا فيه، ولا تستكثروا به» في مسند البزار٣: ٢٦٦، ومسند أحمد٣: ٤٢٩، وصححه الأرنؤوط.

وعن عبادةِ بن الصامت ﵁، قال: «علَّمتُ ناساً من أهل الصفّة القرآن، وأهدى إليّ رجلٌ منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمي بها في سبيل الله، فسألتُ النبيّ ﷺ عن

من العامل، قال الله تعالى: {وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى} [النجم: ٣٩]، فلا يجوز له أخذ الأُجرة من غيره: كالصَّوم والصَّلاة.

وكذا لا يجوز على تَعْليم الصَّنائع[١]؛ لأنّ التَّعليمَ لا يقوم بالمعلِّم بل به وبالمتعلِّم[٢]، وهو ذكاؤه وفطنتُه، فلا يكون مَقْدوراً له، أو نقول هما شريكان، فلا تصحُّ الإجارة من أحدِهما.

(وبعض أصحابنا المتأخرين قال: يجوز على التَّعليم والإمامة في زماننا[٣]،

ذلك فقال: إن أردت أن يطوّقك الله طوقاً من نار فاقبلها» في سنن أبي داود٢: ٢٨٥، وسنن ابن ماجة٢: ٧٣٠، ومشكل الآثار٩: ٣٤١، ومسند الشاشي٣: ٤٦١.

(١) في الفتاوى الكبرى: «ويجوز الاستئجار على تعليم الصنعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك، فإذا أجره عبده ليعلمه كذا على إعطاء المولى شيئاً معيناً، فهو جائز، وإن شرط المعلم على المولى أن يعطيه في كل شهر كذا، ويقوم على غلامه في تعليم كذا فهو جائز، وإذا لم يشترط كل واحد منهما شيئاً، فلما فرغ وتعلم قال المعلم لي الأجرة على رب العبد كذا، وقال سيد العبد لي الأجرة على المعلم، ينظر في ذلك إلى عرف تلك البلدة فإن كان سيد العبد هو الذي يعطي، فالأجرة عليه، وإن كان المعلم هو الذي يعطي، فالأجرة على المعلم، كما في البحر٨: ٢٢.

(٢) مما ذكر في الهداية١٠: ٢٨١ للتعليل بعدم جواز الاستئجار على تعليم القرين: «ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم، فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح».

(٣) اقتصرَ صاحب الهداية٣: ٢٤٠ على استثناءِ تعليمِ القرآن، وزادَ بعضهم الإمامة والأذان، وبعضهم الإقامة والوعظ والتدريس، وقد اتَّفقت كلمتهم على التعليم

وعليه الفتوى)[1]؛ لحاجة النّاس إليه وظهور التَّواني في الأمور الدِّينيّة، وكَسَل النّاس في الاحتساب، فلو امتنع الجَواز يَضيع حِفظ القُرآن[2].

ولو استأجر مُصْحفاً أو كتاباً ليقرأ منه لم يجز ولا أَجْر له؛ لأنّ القِراءةَ والنَّظرَ منفعةٌ تحدث من القارئ لا من الكتاب، فصار كما لو استأجر شيئاً لينظر إليه لا يجوز[3].

للضرورة، وعلى التصريحِ بأصلِ المذهب، وهو عدمُ الجواز، فهذا دليلٌ على أنَّ المفتى به ليس هو جواز الاستئجار على كلِّ طاعة، بل على ما ذكروه فقط ممّا فيه ضرورةٌ ظاهرةٌ تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرقِ المنع، كما في رد المحتار٥: ٣٤-٣٥

(١) وعليه الفتوى. وتمامه في استحسان الاستئجار على تعليم القرآن ص٢٢٧، وقالو: إنما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأن حملة القرآن كانوا قليلاً، فكان التعليم واجباً، حتى لا يذهب القرآن، فأما في زماننا كثر حلمة القرآن، ولم يبق التعليم واجباً فجاز الاستئجار عليه، كما في المحيط ص١٥١.

(٢) فعن أبي سعيد الخدريّ رضي الله عنه رقا بفاتحة الكتاب، وأخذَ قطيعاً من الغنمِ واقتسمه هو وأصحابه بأمرِ النبي ﷺ، وقال ﷺ: «إنّ أحقَّ ما أخذتم عليه أجراً كتابُ الله» في صحيح البخاري٢: ٧٩٥.

(٣) في البدائع٤: ١٧٥: «استئجار المصحف لا يجوز؛ لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه، والنَّظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح، والإجارة بيع المنفعة، والمباح لا يكون محلاً للبيع كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش، وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعراً أو فقهاً؛ لأنّ منافعَ الدَّفاتر النَّظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر، فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه، ولو استأجر شيئاً من

قال: (**ولا تجوز على المعاصي كالغِناء والنَّوح ونحوهما**)؛ لأنّها لا تستحقّ بالعقد فلا تجوز(١).

قال: (**ولا على عَسَب**(٢) **التَّيس**)؛ لنهيه ﷺ عن ذلك(٣)، وهو أن يستأجرَ التَّيسَ لينزو على غَنَمِه، ويدخل فيه كلُّ فحلٍ كالحِصان والحَمار وغيرهما.

أمّا النزو بغير أَجر لا بأس به، وأخذ الأَجر عليه حرام.

قال: (**وتجوز أُجرة الحَجّام**)، فقد صَحّ أنّه ﷺ «احتجم وأعطى الحجّام

الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه؛ لانعدام عقد المعاوضة»، وينبغي تقييد هذا بعدم وجود العرف في استئجار الكتب للقراءة، والله أعلم.

(١) لأنَّ المعصيةَ لا يتصوّر استحقاقها بالعقد، فلا يجبُ عليها الأجرة من غير أن يستحقَّ هو على الأجير؛ إذ المبادلةُ لا تكون إلا بالاستحقاق كلّ منهما على الآخر.

ولو استحقّ على المعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارعِ من حيث أنّه شرعَ عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علّواً كبيراً؛ ولذا قال في غاية البيان: لا تجوزُ الإجارة على شيءٍ من الغناءِ والنوح والمزامير والطبل وشيءٍ من اللهو، وعلى هذا الحداء وقراءة الشعر وغيره، ولا أجر في ذلك، هذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد ﷺ، كما في عمدة الرعاية ٦: ٥٦٢-٥٦٣، ورمز الحقائق ٢: ١٩٨.

(٢) عسبَ الفحلُ الناقةَ عسباً: طرقها؛ وسبب النهي أنَّ ثمرتَه المقصودة غير معلومة، فإنّه قد يلقّح وقد لا يلقّح فهو غرر، كما في المصباح المنير٢: ٦٢٥، وعلة المنع الجهالة، فإن كان الاستئجار على وقت للتيس ينبغي أن تحل، والله أعلم.

(٣) فعن ابن عمر رضي الله عنهما: «نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل» في صحيح البخاري٢: ٧٩٧، وسنن أبي داود٣: ٢٦٧، وسنن الترمذي٣: ٥٧٣، وسنن النسائي٣: ١١٥.

أجره»[1]، والنَّهي[2] الوارد فيه للإشفاق؛ لما فيه من الدَّناءة، وبإجماع المسلمين.

قال: (**والحَمّام**)؛ للتَّعامل ولا اعتبار للجَهالة مع اصطلاح المسلمين.

قال: (**ومَن استأجر دابّةً ليحمل عليها طَعاماً بقفيز منه، فهو فاسدٌ**)؛ لأنّه جَعَلَ الأَجر بعض ما يخرج من عملِه، فصار كقفيز الطحان، وقد نهى النَّبيِّ ﷺ عن قفيز الطَّحان»[3]، وهو أن يستأجر ثوراً أو رَحىً ليطحن له

---

(١) فعن ابن عبّاس رضي الله عنهما: «أنَّ النبي ﷺ احْتَجَمَ وأعطى الحجام أجره واستعطَ» في صحيح مسلم٥: ٢١٥٤.

(٢) فعن أبي هريرةَ رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنَّ مهرَ البغي، وثمنَ الكلب، وكسبَ الحاجمِ من السحت» في صحيح ابن حبان١١: ٣١٥، وصحيح مسلم٣: ١١٩٩.

وعن السائب بن يزيد رضي الله عنه، قال ﷺ: «السحت ثلاث مهر البغي، وكسب الحجام، وثمن الكلب» في سنن النسائي الكبرى٤: ٤٢٣.

(٣) من حديث ابن عمر وابن عباس وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم في سنن البيهقي٥: ٣٣٩، وسنن الدراقطني ٣: ٤٧، وقال ابن حجر في الدراية ٢: ١٩٠: في إسناده ضعف، وقال البيهقي: له طرق يقوي بعضها بعضاً.

ولما كان حديث قفيز الطحان موافقاً للقياس في فساد الإجارة إن كانت الأجرة مجهولة، كان الاحتجاج به؛ لأنه تقوى بهذا القياس، لا سيما أن حديث النهي عن المزارعة للأرض ببعض الخارج يشهد له في معناه في كون هذه الأجرة مجهولة، فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. قلت: وما المخابرة؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع» في سنن أبي داود٢: ٢٨٣، ومسند أحمد٥: ١٨٧، وقال الأرنؤوط: صحيح. فكان ذكرنا لحديث قفيز الطحان في هذا الباب كناية عن أدلة

حِنْطة بقفيز منها[1].

وينبني على هذا مسائل كثيرة تعرف بالتأمّل:

منها: إذا دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف، والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة، وهو بعض المنسوج والمطحون؛ لأنّ ذلك إنّما يحصل بفعل الآجر، فلا يكون قادراً بقدرة غيره[1].

عديدة يُحتج بها في عدم جواز أن تكون الأجرة مجهولة.

(١) لأنّه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فيصير في معنى قفيز الطحان، وقد نهي عنه ﷺ، وهو أن يستأجر ثوراً؛ ليطحن له حنطة بقفيزٍ من دقيقِه، فصار هذا أصلاً يعرف به فساد جنسه؛ والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر؛ لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير؛ والقدرة على التَّسليم شرطٌ لصحَّة العقد، وهو لا يقدر بنفسِه؛ وإنَّما يقدر بغيرِه فلا يُعَدُّ قادراً ففسد، فإذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمّى، لكن مشايخ بلخ والنسفيّ يجيزون حمل الطَّعام ببعض المحمول، ونسج الثَّوب ببعض المنسوج؛ لتعامل أهل بلادهم بذلك؛ وقالوا: مَن لم يجوِّزه إنما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحانِ والقياس يترك بالتَّعارف؛ ولئن قلنا: إنّ النَّصَّ يتناوله دلالةً فالنصُّ يختصُّ بالتَّعامل، ألا ترى أنّ الاستصناعَ تُرِكَ القياسُ فيه وخُصَّ عن القواعد الشرعيّة بالتعامل. ومشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص; لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع، فإن التعامل به جرى في كلِّ البلاد، وبمثلِهِ يُترك القياس ويُخَصُّ الأثر؛ والحيلةُ في جوازِه أن يشترط قفيزاً مطلقاً من غير أن يشترط أنّه من المحمولِ أو من المطحونِ، فيجب في ذمّة المستأجر ثمّ يعطيه منه، كما في التبيين٥: ١٣٠.

قال: (**ولو قال: أمرتُك أن تخيطَه قَباء، وقال: الخَياطُ قَميصاً، فالقَولُ لصاحب الثَّوب**).

وكذا إذا اختلفا في صَبْغ الثَّوب أَصْفر أو أَحْمر أو بزَعْفران أو بعُصْفر.

ووجهه: أنّ الخَيّاطَ والصَّباغَ أقرّ بسبب الضَّمان، وهو التَّصرُّف في ملك الغير، ثمّ ادّعى ما يبرئه وصاحبُه يُنكر، ولأنّ الإذنَ يُستفاد من جهةِ ربِّ الثَّوب، فيكون القَولُ قوله؛ لأنّه أَخبر بذلك.

(**ويحلفُ**)؛ لأنّه لو أَقَرَّ لزمه، فيَحْلِفُ لاحتمال النّكول، (**فإذا حَلَفَ، فالخَيّاطُ ضامنٌ**)، معناه : إن شاءَ ضَمَّنه الثَّوب، وإن شاءَ أخذه وأَعطاه أَجر مثلِه، أو ما زاد الصَّبغ في رواية.

(**ولو قال: خِطْتَه بغير أَجر، وقال الصَّانع: بأَجر، فإن كان قبل العمل يتَحالفان ويَبدأ بيَمين المُسْتأجر**)؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي عَقْداً والآخر يُنكره؛ لأنّ أحدَهما يَدَّعي هِبةَ العَمَل، والآخرُ يدَّعي بَيْعَه، (**وإن كان بعد العَمَل فالقَوْلُ لصاحبِ الثَّوب**)؛ لأنّه مُنكرٌ؛ لأنّه لا قيمةَ للعَمَل بدون العَقْد، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

---

(١) وينبغي أن تكون معاملتهم معتبرة إن تعارفها الناس وجرى التعامل عليها؛ لأن علّة النهي لم تعد موجودة، وهي الجهالة، فحديث الطحان معلل بجهالة الثمن، فمتى زالت العلة جاز العمل به، ولو في قفيز الطحان.

وذكر أبو اللَّيث عنه في «العيون»[1]: إن كانت الخِياطة حرفتَه، فله أجرُ مثلِه عملاً بالعُرف، وإلا فلا أَجر له، ويكون مُتَبَرِّعاً؛ لما بيّنّا.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: لا أجر له إلا أن يكون معاملةً[2]، فيكون له الأجر جرياً على عادتهما.

وقال محمّدٌ رضي الله عنه: إن اتخذ حانوتاً[3] وانتصب لهذه الصناعة، فله الأجرة وإلا فلا، وعليه الفتوى[4]؛ لأنّه دليلٌ على العمل بالأجرة عرفاً، والمعروف كالمشروط.

---

(١) في عيون المسائل ص١٣٦: « إن كان القصار حريفة فله أجر مثله، وإن لم يكن حريفة، فالقول قول الدافع مع يمينه، وقال محمد: حريفة كان وغير حريفة، بعد أن يقصر للنَّاس، فله الأجر، ولا نجعله مجاناً؛ لأنّ القَصّار يكون أجيراً مشتركاً».

(٢) وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا؛ لأنَّ سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٣) أي: لما فتح الحانوت لأجله، جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر؛ اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه؛ لأنَّه منكر، وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأنَّ الظاهر يصلح للدفع، والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٤) في التصحيح: ورجح دليل الإمام في الهداية، وأجاب على دليلهما، واعتمده الإمام المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وجعل خواهر زاده الفتوى على قول محمد رضي الله عنه، كما في اللباب١: ٢٦١، وفي التبيين٥: ١٤٣، والتنوير ص١٩٠: الفتوى على قول محمّد رضي الله عنه.

قال مُحمّد ﷺ: لو أمره أن ينقش اسمه على فصّه فنقش اسم غيره ضمنه؛ لأنّه فوّت غرضه، وهو الختمُ فصار كالاستهلاك.

ولو استأجره ليحفر له بئراً بأجر مُسمّى وسَمَّى طولها وعرضها جاز.

وفي القَبور يجوز وإن لم يُبيّن ذلك؛ لأنه معلومٌ عرفاً، فإن وَجَدَ باطنَ الأرض أشدّ فليس بعذر، وإن تَعَذَّرَ الحفرُ فهو عذرٌ، ولا يَسْتَحقُّ الأجرَ حتى يفرغَ؛ لأنّه عملٌ واحدٌ لا يُنتفع به قبل التَّمام.

قال: (**وإذا خَربَتْ الدَّارَ، أو انقطعَ شِرْبُ الضَّيْعة أو ماء الرَّحى انفسخ العقدُ**)؛ لفواتِ المعقودِ عليه، وهي المنفعةُ قبلَ القَبْض؛ لما بيّنّا أنّها تحدُث شيئاً فشيئاً، وصار كمَوْت العبد المستأجر.

وقيل: لا ينفسخ لكن له الفسخ، قالوا: وهو الأَصحّ[1]، فإنّه رُوِي عن محمّد نصّاً: لو انهدم البَيْت المُستأجر، فبناه الآجر ليس للمُستأجر أن يَمْتنع؛

---

(١) مشى عليه في الوقاية، وذكر في شرحها: إنّما قال: تفسخ؛ لأنَّ العقدَ لا ينفسخ؛ لإمكانِ الانتفاعِ بوجهٍ آخر، لكنّ للمستأجر حقُّ الفسخ.

وفي اللباب١: ٢٦٢: «ومن أصحابنا مَن قال: إنَّ العقدَ لا ينفسخ؛ لأنَّ المنافعَ فاتت على وجه يتصوّر عودها، فأشبه الإباق في البيع، هداية، ومثله في شرح الأقطع، ثم قال: والصحيح هو الأول، وتبعه في الجوهرة، لكنَّ عامة المشايخ على الثاني، وهو الصحيح، كما في الذخيرة والتتارخانية والاختيار وغيرها، وفي الغاية للاتقاني نقلاً عن إجارات شمس الأئمة: إذا انهدمت الدار كلها، فالصحيح أنَّه لا تنفسخ، لكن سقط الأجر فسخ أو لا».

وذلك لأنّ أصلَ المعقود عليه لا يفوتُ؛ لأنّ الانتفاعَ بالعَرَصة ممكنٌ بدون البناء، إلاّ أنّه ناقصٌ، فصار كالعَيْب فيَسْتَحقّ الفَسْخ.

ولو وجد بها عيباً يُخِلُّ بالمنافع كمَرَض العبد والدَّابّة وندِّها وانهدام بعض البناء فله الخِيار: إن شاءَ استوفى المنفعة مع العَيْب، ويلزمه جميع البَدَل؛ لأنّه رَضِي بالعَيْب، وإن شاء فَسَخَ؛ لأنّه وَجَدَ العَيْب قبل القَبْض؛ لأنّ المنفعةَ توجد شيئاً فشيئاً، فكان له فسخُه، فإن زال العَيْبُ أو أزاله المؤجرُ، فلا خِيار له.

(ولو مات أحدُهما وقد عقدها لنفسِه انفسخت)؛ لما مَرّ أنّها تنعقد شيئاً فشيئاً، فلا تبقى بدون العاقد.

(وإن عَقَدَها لغيره لم تنفسخ): كالوَصيِّ والوَليِّ وقَيِّم الوقفِ والوكيل؛ لأنّه نائبٌ عنهم فكأنّه معبرٌ.

فصل [فسخ الإجارة بالأعذار]

(وتفسخ الإجارة بالعذر) والأصل فيه: أنّه متى تحقّقَ عجزُ العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذراً تفسخُ به الإجارة دفعاً للضَّرر.

وهل يشترط للفسخ قضاء القاضي؟

ذكر في «الزِّيادات»: إن كان عذراً فيه شبهة: كالدَّين يُشترط له القَضاء، وإن كان واضحاً لا.

وذكر في «المبسوط» و«الجامع الصَّغير»: أنّه ليس بشرط، ويَنْفَرد العاقدُ به وهو الصَّحيح[1]؛ لأنّه في معنى العيب قبل القبض على ما بيّنّاه، وذلك كمَن استأجر إنساناً ليقلع ضرسه فسَكَن وَجَعُه، أو ليقطع يده لآكلة فسَقَطَت الآكلة، فإنّه تفسخ الإجارة، وهذا حجّةٌ على مَن يقول: إنّها لا تفسخ بالعذر.

و(**كمَن استأجرَ حانوتاً ليتجرَ فأَفلسَ، أو آجرَ شيئاً، ثمّ لزمَه دينٌ، ولا مال له سواه**)، فإنّ القاضي يفسَخُها ويبيعُه في الدَّين؛ لأنّ على تقدير عدم الْفَسخ يلزمه ضررٌ لم يَلْتزمه بالعقد، وهو حبسُه على الدَّين، والإجارة على تقدير الإفلاس، فيفسخ دفعاً للضَّرر.

(**وكذلك إن استأجر دابّةً للسَّفر فَبَدا له تفسخُ الإجارة**)؛ لأنه يلزمه الضَّرر بالمضي على العقد؛ لأنّه رُبّما أراد التِّجارة فأَفْلَس، أو لطلب غريم فحَضَر.

(**وإن بَدا للمُكاري فليس بعذر**)؛ لأنّه يُمكنُه إنفاذ الدَّواب مع أجيره، فلا يتضرَّر.

وعن الكَرْخي رضي الله عنه: إن مَرض الْمُكاري فهو عذر؛ لأنّه لا يخلو عن نوع ضرر، فيعذر حالة الاضطرار لا حالة الاختيار[2].

---

(١) وصححه في البحر الرائق٨: ٤٢، ونقل عن شمس الأئمة السرخسي تصحيح الأول.

(٢) وفي مجمع الأنهر والملتقى٢: ٤٠٠: ولو مرض المكاري، فهو عذر في رواية

وعلى ربّ الدَّار عِمارتُها وإصلاحُ ميازيبها وبئر الماء وتَنْظيف البالوعة الممتلئة من أفعال المستأجر، وكلُّ ما يكون مُضراً بالسُّكنى، فإن لم يفعل فللمستأجر أن يخرج.

وإن رأى هذه العُيوب وقتَ الإجارة، فلا خِيار له؛ لأنّه رَضي بالعَيب.

وعلى المستأجر رَمْي التُّراب والرَّماد المجتمع في الدَّار من كَنْسِه؛ لأنّه ليس من باب السُّكنى.

وكري نهر رحا الماء على الآجر، إلا أن يكون شرطَه على المُستأجر.

الكرخي؛ لأنه لا يعرى عن ضرر؛ لأن غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما إذا لم يمرض، دون رواية الأصل، وفي القُهُستانيّ الفتوى على الرِّواية الأولى، فلهذا اختارها الحلبي، فقَدَّمها، وينظر: عمدة الرعاية.

كتاب الرَّهن

وهو في اللُّغة[1]: مطلقُ الحَبْس، قال الله تعالى: {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَة} [المدثر: ٣٨].

وفي الشَّرع: الحبسُ بمالٍ مخصوصٍ بصفةٍ مخصوصةٍ.

شُرِعَ وثيقةً للاستيفاء ليضجر الرَّاهن بحبسِ عينِه، فيُسارع إلى إيفاءِ الدَّين ليفتكها، فيَنْتَفِعُ بها ويَصِلُ المُرْتَهَنُ إلى حقِّه.

ثبتت شرعيتُه بالكتاب والسُّنّة والإجماع.

أمّا الكتاب؛ فقوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} [البقرة: ٢٨٣]، وأنّه أمرٌ بصيغة الإخبار نقلاً عن المفسِّرين، معناه: وإن كنتم مُسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهنوا رهاناً مقبوضةً وثيقةً بأموالكم.

والسُّنّةُ؛ ما رُوِي: أنّه ﷺ: «رَهَن درعه عند أبي الشَّحم اليَّهوديّ بالمدينة»[2]، وبُعِث ﷺ والنَّاس يتعاملون فأقرَّهم عليه، وعليه الإجماع.

---

(١) لغة: ثبت ودام، كما في المصباح ١: ٢٤٢، والمغرب ١: ٣٥٦.
واصطلاحاً: وهو حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين، كما في الوقاية ٥: ١٢٢.
(٢) فعن جعفر بن محمد، عن أبيه رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ رهن درعه عند أبي الشحم

قال: (**وهو عقدُ وثيقةٍ**) لا بُدّ فيه من الإيجابِ والقبول كسائر العُقود.

قال: (**بمالٍ مضمونٍ بنفسِه**): أي بمثلِه (**يُمكن استيفاؤه منه**) على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

(**ولا يتمُّ إلا بالقَبْض**)، قال الله تعالى: {فرهان مقبوضة} وصفها بكونها مقبوضةً، فلا تكون إلا بهذه الصِّفة، ولأنّه عقدُ تبرُّع، ألا تَرَىٰ أنّه لا يجبر عليه، فيكون تمامُه بالقَبض كالهِبة.

(**أو بالتَّخْلية**)؛ لقيامِها مقامَه كما في البَيْع والهِبة، (**وقبل ذلك إن شاء سَلَّم وإن شاء لا**)؛ لما بيّنّا أنّه تَبَرّعٌ.

ثمّ الرَّهنُ لا يخلو: إمّا إن كان بدينٍ وهو المِثْليُّ، أو بعينٍ، وهو غيرُ المِثْليّ.

اليهودي، رجل من بني ظفر» في مسند الشافعي ص١٣٩، ومعرفة السنن٨: ١٨٦، والسنن الصغير للبيهقي٢: ٢٨٨.

وعن عائشة رضي الله عنها، قالت: «توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة بثلاثين صاعاً من شعير» في صحيح البخاري ٣: ١٠٦٨، وصحيح ابن حبان ١٣: ٢٦٢.

وعن أنس رضي الله عنه قال: «مشيت إلى النبي ﷺ بخبز شعير وإهالة سنخة ولقد رهن له درع بعشرين صاعاً من طعام أخذه لأهله، ولقد سمعته ذات يوم يقول: ما أمسى في آل محمد ﷺ صاع تمر ولا صاع حب، وإن عنده يومئذ لتسع نسوة» في سنن الترمذي ٣: ٥١٩، وقال: حسن صحيح.

فإن كان بدين جاز على كلّ حال بأيِّ وجهٍ ثَبَتَ، سواءٌ كان من الأَثمان أو من غيرها.

وإن كان بعينٍ فالأعيانُ على وجهين: مضمونةٌ، وغيرُ مضمونة.

فالمضمونة على وجهين: مضمونة بنفسها، ومضمونة بغيرها.

فالمضمون بنفسه: ما يجب عند هلاكه مِثْلُه أو قيمتُه: كالمغصوبِ والمهر وبدل الخُلْع والصُّلْح عن دم العَمْد، فيجوز الرَّهنُ بها؛ لأنّها مضمونة ضماناً صحيحاً يُمكن استيفاء الدَّين منه.

والمضمونُ بغيرها كالمَبيع في يد البائع، فلا يجوز الرَّهن بها؛ لأنّه لا يجب بهلاكه، حتى يُستوفي من الرّهن؛ لأنّه إذا هَلَكَ المَبيعُ يَبْطُل البَيْعُ ويَسْقُطُ الثَّمَنُ، فصار كما ليس بمَضْمونٍ.

والأعيانُ الغير المَضْمونة: وهي الأماناتُ كالوديعةِ والعاريةِ ومال المُضاربة والشَّركة والمُستأجر ونحوها لا يجوز الرَّهْن بها؛ لأنّ الرَّهن مقتضاه الضَّمان على ما نُبَيِّنه إن شاء الله تعالى، وما ليس بمَضْمونٍ لا يوجد فيه معنى الرَّهن.

وقوله في «المختصر»: «يمكن استيفاؤها منه»؛ احترازاً عن هذا.

ولا يجوز بالشُّفْعةِ ولا بالدَّرَك ولا بدَيْن سَيَجِب؛ لأنّه وثيقةٌ بمعدوم.

ولا بالقِصاص في النَّفْس وما دونها؛ لعدم التَّمكن من الاستيفاء.

ويجوز بجِناية الخطأ، ويكون رهناً بالأَرش؛ لأنّه يُمكن استيفاؤه.

ولا يجوز بالكَفالة بالنَّفْس؛ لتعذُّر الاستيفاء.

ولا بأُجرة النَّائحة والمغنيّة؛ لأنّه غيرُ مضمون.

ويجوزُ شَرْطُ الخِيار للرَّاهن؛ لأنّه لا يَمْلِكُ الفَسْخَ، فيفيد الشَّرط، ولا يجوز للمُرْتَهن؛ لأنّه يملك الفَسْخ بغير شَرْط فلا يُفيد.

ولا يجوز رَهْنُ ما لا يجوز بيعُه كالحرِّ والمُدبّرِ وأمِّ الولد والمُكاتب والمَيتةِ والدَّمِ؛ لأنّه لا يُمكن الاستيفاءُ منها، فلا يحصل التَّوثق.

وكذا جِذْعٌ في سقفٍ وذراعٌ من ثوبٍ وأشباهُهُ؛ لما مَرّ.

ولا يجوز للمُسلم رَهْنُ الخَمر والخِنْزير، ويجوز للذِّميّ؛ لأنّ الرَّهنَ والارتهانَ؛ للوفاء والاستيفاء، ولا يجوز للمسلم ذلك من الخَمْر ويجوز للذِّميّ.

ثمّ الرَّهنُ على ثلاثة أَضْرُب: جائزٌ، وباطلٌ، وقد ذكرناهما.

وفاسدٌ: وهو رَهْنُ المَبيع ورَهْنُ المَشاع والمَشغولُ بحقّ الغير، أو اشترى عبداً أو خلاً ورهن بالثمن رهناً ثمّ ظهر العبدُ حرّاً والخلُّ خمراً، أو قتل عبداً فأَعطاه بقيمته رهناً ثمّ ظهر حرّاً.

قال القُدُوريّ في «شرحه»: يهلك بغير شيءٍ؛ لأنّ المبيعَ غيرُ مضمونٍ بنفسِه، والقبض لم يتمَّ في المَشاع والمَشْغول

ولم يصحّ في الحرِّ والخَمر كما لو رهنه ابتداءً.

ونصّ مُحمّد في «المبسوط» و«الجامع»: أنّ المقبوضَ بحكم رهنٍ فاسدٍ مَضْمونٌ بالأقلّ من قيمتِه ومن الدَّين؛ لأنّ الرَّهنَ انعقد لمقابلة المال بالمال حقيقةً في البَعْض، وفي البعضِ في ظنّهما، لكنّه فَسَدَ لنقصان فيه؛ لأنّه لا يُمكن استيفاؤه من الرَّهن، فيكون مضموناً بالأقلّ منهما: كالمَقبوض في البيع الفاسد مضمونٌ بقيمتِه فكذا هذا، إلا أنّه يَضْمَنُ الأقَلَّ منهما هنا.

أمّا إذا كانت القِيمة أقلَّ فظاهر.

وأمّا إذا كان الدَّينُ أقلّ؛ فلأنّه إنّما قَبَضَه؛ ليكون مَضْموناً بالدَّين، والمُختار[1] قول مُحمّد رضي الله عنه.

قال: (**ولا يصحُّ إلا مَحوزاً مُفرغاً مُتَميِّزاً**).

فالمحوزُ[2]: المعلومُ الذي يُمكن حِيازتُه.

والمفرغُ[3]: الذي لا يكون مشغولاً بحقِّ الغير.

---

(١) مشى أبو السعود وابن عابدين في رد المحتار٦: ٤٧٨.

(٢) أي: مجموعاً؛ احترازٌ عن رهن الثمر على الشجر، ورهن الزرع في الأرض؛ لأنَّ المرتهن لم يجزه، كما في درر الحكام ٢: ٢٤٨.

(٣) أي: عن ملك الراهن، بأن لا يكون مشغولاً بحقّ الراهن، وهو احترازٌ عن عكسه، وهو رهن الشجر دون الثمر، ورهن الأرض دون الزرع، ورهن دار فيها متاع الراهن، كما في اللباب ١: ٢١٨، والدرر، فالمفرغُ يتعلَّقُ بالمحلّ، فيجبُ فراغُهُ عمَّا حلّ فيه كالثمر، وهو ليس بمرهونٍ سواءً كان اتّصالُهُ به خلقةً أو مجاورة، والمتميّزُ يتعلَّقُ بالحالِ في المحلّ، فيجبُ انفصالُهُ عن محلٍّ غيرِ مرهونٍ إذا كان اتِّصالُهُ به خلقة، حتى لو

والمُتَميِّزُ[1]: المقسوم الذي قد تميّز عن بقيّةِ الأنصباء؛ لأنّ قبضَ الجزء الشَّائع لا يتصوّر بانفراده، وقبض الكلّ لا يقتضيه العقد.

وكذا كونه مَشْغولاً بحقّ الغَيْر يخُلُّ بقبضِه وحبسِه.

وكذا المَجهولُ لا يُمكن قبضُه.

ومقصودُ الرَّهن وهو الاستيثاق لا يحصل إلاّ بالحبس الدَّائم، والحبسُ لا يتصوّر بدون القَبْض، والقَبْضُ لا يُمكن بدون هذه الأوصاف، فلا يصحُّ الرَّهنُ بدونها.

قال: (**فإذا قَبَضَه المُرْتَهَنُ دخل في ضَمانِه**)؛ لما رُوِي: «أنّ رَجُلاً رَهَنَ فَرَساً له بدين فنَفَقَ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال ﷺ للمُرْتهن: ذَهَبَ حَقُّك»[2]،

كان اتِّصالُهُ بالمجاورةِ لا يضرّ: كرهن المتاعِ الذي في بيتِ الراهن، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٢.

(١) احترازٌ عن رهن المشاع: كرهن نصف العبد، أو الدار، غاية البيان، وهذه المعاني هي المناسبة لهذه الألفاظ، لا ما قيل: إنَّ الأولَ احترازٌ عن رهن المشاع، والثالث عن رهن ثمر على شجر دون الشجر، كما لا يخفى على أهل النظر، كما في الدرر ٢: ٢٤٨.

(٢) فعن عطاء بن أبي رباح رضي الله عنه: «أنَّ رجلاً ارتهن فرساً، فمات الفرسُ في يد المرتهن، فقال ﷺ: ذهب حقُّك»، فدلَّ هذا مِن قول رسول الله ﷺ على بطلان الدين بضياع الرهن، كما في شرح معاني الآثار ٤: ١٠٢.

وقال ﷺ: «إذا عُمي الرَّهنُ فهو بما فيه»[1]، قالوا : معناه ـ والله أعلم ـ إذا هلك فاشتبهت قيمته.

وقد نَقَلَ أصحابُنا إجماع الصَّحابة[2] رضي الله عنهم على أنّه مَضْمونٌ على اختلافهم في كيفيّة الضَّمان، ولأنّه لَمّا مَلَكَ حبسَه صار مُسْتوفياً حَقّه من وجهٍ؛ لأنّه

---

(١) فعن أبي هريرة وأنس رضي الله عنهما، قال ﷺ: «الرهن بما فيه» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٦٨.

وعن طاوس، قال ﷺ: «الرهن بما فيه» في المراسيل ص١٧٣.

وعن عطاء، أن رجلاً رهن فرساً فنفق الفرس، فقال النبي ﷺ: «الرهن بما فيه» في المراسيل ص١٧٣، وقال ابن القطان: هذا مرسل صحيح، كما في الإخبار٢: ١٩٧.

وعن أبي الزناد، قال: «كان من أدركت من فقهائنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر جميع ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ، فهؤلاء أئمة المدينة وفقهاؤها يقولون: إن الرهن يهلك بما فيه، ويرفعه الثقة منهم إلى النبي ﷺ، فأيهم ما حكاه فهو حجّة؛ لأنه فقيه إمام، ثم قولهم جميعاً بذلك وإجماعهم عليه، فقد ثبت به صحة ذلك أيضا عن سعيد بن المسيب وهو المأخوذ عنه قول رسول الله ﷺ لا يغلق الرهن» في شرح معاني الآثار٤: ١٠٢، وسنده صحيح، كما في الإخبار٢: ١٩٧.

(٢) فعن علي رضي الله عنه قال: «إذا كان في الرهن فضل، فإن أصابته جائحة فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنَّه يرد الفضل» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١-٧٣

وعن شريح قال: «ذهبت الرهون بما فيها» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١-٧٣.

الاستيفاء ليتوسّل به إلى حَقّه مخافةَ الجُحود، وقد تأكّد هذا الاستيفاءُ بالهلاك، فلو وَفّاه وفّاه ثانياً يؤدِّي إلى الرِّبا، ولا يُمكنه المُطالبةُ بحَقِّه إلا أن ينقضَ القَبْضَ والحَبْسَ ويردَّه إلى الرّاهن، وأنّه عاجزٌ عنه، ففات شرطُ المُطالبة فبطلت.

ومَن ادّعى أنّه أمانةٌ فقد خالف الإجماع، وتعلُّقُه بقوله ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرَّهنُ، هو لصاحبه، له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُه»[1]، لا حجّة له فيه؛ لأنّ معناه لا يصير الرّهن للمُرْتَهن بدينه، ولا يحبسُه بحيث لا يَنْفَكّ، هذا معناه[2]، ويشهد له بيت زهير[3]:

وعن عبيد بن عمير أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع قال: «إن كان بأقل ردوا عليه، وإن كان بأفضل فهو أمين في الفضل» في شرح معاني الآثار ٤: ١٠٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١، وسنن الدارقطني ٣: ٤٣٥.

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه» في صحيح ابن حبان ١٣: ٢٦٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦، والمستدرك ٢: ٥٨، وصححه.

(٢) وفي موطأ محمد ٤: ٨٢: «عن ابن المسيب رضي الله عنه قال ﷺ: «لا يغلق الرهن» قال محمد رضي الله عنه: وبهذا نأخذ، وتفسير قوله: «لا يغلق الرهن»: إنَّ الرَّجل كان يرهن الرهن عند الرَّجل فيقول له: إن جئتك بمالك إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك بمالك، قال ﷺ: «لا يغلق الرهن ولا يكون للمرتهن بماله»، وكذلك نقول، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وكذلك فسره مالك بن أنس رضي الله عنه».

(٣) وهو زهير بن أبي سلمى ربيعة بن رياح المزني المضري،حكيم الشعراء في الجاهلية. وفي أئمة الأدب من يفضله على شعراء العرب كافة، له «ديوان»، (ت ١٣ق هـ). ينظر: الأعلام٣: ٥٢.

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكاكَ له   يومَ الوَداع فأَمْسى الرَّهْنُ قد غَلِقا[١]

أي محبوساً لا فِكاك له.

وكذا كانت عادتُهم في الجاهلية، فقال ﷺ ذلك قَلْعاً لهم عن العَوائد الجاهلية؛ لما فيه من تملّك مال الغير بغير أمره.

وقوله: «له غُنْمُه وعليه غُرْمُه»: أي إذا بيع، ففَضَلَ من الثَّمَن شيءٌ فهو له، وإن نَقَصَ فعليه.

أو «له غُنْمُه»؛ لسقوط الدَّين عنه بهلاكه، «وعليه غُرْمُه»: وهو قضاءُ ما بَقِي من الدِّين إن لم يف به.

وعن عَليٍّ رضي الله عنه في مثلِه، قال: «يَتَرادّان الفَضل»[٢].

---

(١) ينظر: تاج العروس٢٦: ٢٦١، وديوان زهير بن أبي سلمى١: ٧.

(٢) فعن علي رضي الله عنه، قال: «يترادان الفضل في الرهن» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٥٤، والسنن الصغير للبيهقي١: ٢٩٠، ومعرفة السنن٨: ٢٣٢.

وعن علي رضي الله عنه، قال: «إذا كان الرَّهن أكثر مما رهن به فهلك، فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقلّ مما رَهَن به فهلك رَدّ الرَّاهن الفضل» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٥٤.

وعن عمر رضي الله عنه، قال: «إذا كان الرهن أكثر مما رهن به، فهو أمين في الفضل، وإذا كان أقلّ رَدّ عليه» في مصنف عبد الرزاق١١: ٥٥٦.

وعن ابن عمر يقول في الرهن: «يترادان الفضل» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٥٣.

قال: **(ويَهْلَكُ على مِلْكِ الرَّاهن حتى يُكَفِّنَه)**؛ لأنّه ملكُه حقيقةً، وهو أمانةٌ في يدِ المُرْتَهن، حتى لو اشتراه لا ينوب قبض الرَّهن عن قَبْض الشِّراء؛ لأنّه قَبَضُ أمانة، فلا يَنوب عن قبض الضَّمان، وإذا كان ملكُه فمات كان عليه كَفَنُهُ.

قال: **(ويصيرُ المُرْتَهِنُ مُسْتوفياً من ماليَّتِه قَدْرَ دَيْنِهِ حُكماً، والفاضِلُ أمانةٌ، وإن كان أقلَّ سَقَطَ من الدَّين بقَدْرِه)**؛ لأنّ المَضْمونَ قَدْرَ ما يَستَوفِيه من الدَّين، فعند زيادةِ قيمتِه الزِّيادة أمانةٌ؛ لأنّها فاضلةٌ عن الدَّين، وقد قَبَضَها بإذن المالك، وعند النُّقصان قد استوفى قيمتَه، فبقي الباقي عليه كما كان[1].

قال: **(وتُعتبرُ القيمةُ يومَ القَبْض)**؛ لأنّه يومئذٍ دَخَلَ في ضَمانه، وفيه يثبتُ الاستيفاءُ يداً، ثمّ يَتَقَرَّرُ بالهَلاك.

ولو اختلفا في القيمة، فالقَولُ للمُرْتهن؛ لأنّه يُنكرُ الزِّيادة، والبيّنةُ للرَّاهن؛ لأنّه يُثبتها.

قال: **(فإن أَودعَه أو تَصَرَّفَ فيه ببيع أو إجارةٍ أو إعارةٍ أو رهنٍ ونحوه ضَمِنَه بجميع قيمتِه)**.

---

(١) الحاصل أنّ يدَ المرتهن على الرهن يد استيفاء؛ لأنه وثيقة لجانب الاستيفاء؛ لتكون موصلة إليه، فيكون استيفاء من وجه، ويتقرَّب بالهلاك، فإذا كان الدين أقل من القيمة فقد استوفى الدين، والفضل أمانة، وإن كانت القيمة أقل يكون مستوفيا بقدر المالية، وهي القيمة، فيرجع بالفضل، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٣.

وكذا إذا تعدّىٰ فيه: كاللُّبس والرُّكوب والسُّكنىٰ والاستخدام؛ لأنّه مُتَعدٍّ في ذلك؛ إذ هو غيرُ مأمورٍ به من جهةِ المالك، والزَّائدُ علىٰ قَدْر الدَّين أمانةٌ، والأمانات تُضْمَنُ بالتَّعدِّي.

ولا يَنْفَسِخُ عقدُ الرَّهن بالتَّعدِّي، ولأنّه ما رَضِي إلا بحفظِه، والنَّاسُ يختلفون فيه، فكان مخالفاً، بخلاف زوجتِه وولدِه وخادمِه الذين في عِياله؛ لأنّ الإنسانَ إنّما يحفظُ مالَه غالباً بهؤلاء، فيكون الرِّضى بحفظه رضي بحفظِهم، ولأنّه لا بُدّ له من ذلك، لأنّه لا يُمكنه ملازمةُ البيت، ولا استصحاب الرَّهن، فصار الحفظ بهؤلاءِ مَعْلوماً له فلا يَضْمن.

ولُبْس الخاتم في خِنْصره تَعَدٍّ وفي غيرها حفظٌ.

والتَّقلُّدُ بالسَّيف والسَّيفين تَعَدٍّ للعادة، وبالثَّلاث لا.

ووضعُ العِمامة والطَّيلسان علىٰ الرّأس كما جرت به العادة تَعَدٍّ، ووضعهما علىٰ العاتق أو الكَتِف لا.

والتَّعمُّم بالقَميص ليس بتَعَدٍّ.

ووضع الخُلْخَال موضع السِّوار وبالعَكْس ليس بتَعَدٍّ، ولُبْسُهما مَوْضُعَهما تَعَدٍّ.

قال: (**وَنَفَقَةُ الرَّهنِ وأُجرةُ الرَّاعي على الرَّاهن**)، وكذلك كل ما يحتاج إليه لبقاء الرّهنِ ومصلحتِه[1]؛ لأنّه باق على ملكه، وذلك مؤونة الملك.

والرَّعي من النَّفَقة؛ لأنّه عَلَفُ الحيوان.

والكَسْوةُ والظِّئْرُ وإصْلاحُ شجر البُستان وسَقيها، وجُذاذُ الثَّمرة من النَّفقة.

قال: (**ونَماؤه له**)؛ لبقائه على ملكِهِ: كالوَلَد واللَّبَن والسِّمِن والثَّمرة.

(**ويَصيرُ رَهْناً مع الأَصل**)؛ لأنّ الرَّهنَ حَقٌّ لازمٌ، فيَسْري إلى التَّبع، (**إلا أنّه إن هَلَكَ يَهْلَكُ بغَير شيءٍ**)؛ لأنّه لم يدخلْ تحت العَقْد مَقْصوداً، فلا يكون له قِسْطٌ من الدَّين، ولأنّ المُرْتَهَنَ لم يقبضها بجهةِ الاستيفاء، ولا التزم ضَمانها، فلا يَلْزَمُه كولدِ المَبيعة قبل القَبْض مَبيعٌ، وليس بمَضْمونٍ على البائع.

ولا مُعْتبَر بنقصان القِيمة وزيادتها؛ لأنّ ذلك يختلفُ باختلاف رَغَبات النَّاس، أمّا العَيْن فلم تتغيَّر، والقَبْضُ وَرَدَ على العَيْن دون القِيمة.

---

(١) أي إن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضلٌ أو لم يكن; لأنَّ العينَ باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له، فيكون نفقته عليه كنفقته من مأكلِه ومشربه وأُجرة الراعي وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه.

وكلّ ما كان لحفظه أو لردِّه إلى يد المرتهن أو لردِّ جزء منه: كمداواة الجرح، فهو على المُرتهن مثل أجرة الحافظ; لأنّ الإمساكَ حقٌّ له، والحفظُ واجبٌ عليه، فتكون مؤنته عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن، كما في التبيين ٦: ٦٨.

وغلّةُ العَقار وكَسْبُ الرَّهن ليس برهن؛ لأنّه غيرُ متولدٍ منه، ولا بدلٌ عنه: ككَسْبِ المَبيع وغَلَّتِه.

قال: (**وإن بَقِي النَّماء وهَلَكَ الأَصل افتكه بحَصَّتِه**)؛ لأنَّ الرَّهنَ مضمونٌ بالقبض، والزّيادةُ مقصودةٌ بالفكاك، ومتى صار التَّبعُ مقصوداً قابله شيءٌ من البَدَل كولدِ المَبيع.

قال: (**يُقْسَمُ الدَّين على قيمته يوم الفِكَاك، وقيمةِ الأَصل يوم القَبْض**)؛ لما بيّنّا.

(**وتَسْقُطُ حِصَّة الأصل**)؛ لما مَرّ.

قال: (**وتجوزُ الزّيادة في الرَّهن، ولا تجوز في الدَّين، ولا يصيرُ الرّهنُ رهناً بهما**).

وقال أبو يوسف ﷺ: تجوزُ الزِّيادةُ في الدِّين أيضاً؛ لأنَّ الدَّينَ والرَّهنَ كالثَّمن والمَبيع، فتجوزُ الزِّيادة فيهما بجامع دَفْعِ الحاجةِ، بدليل إقدامِهما وصحّةِ تصرُّفِهما.

ولنا: أنّ الزَّيادةَ في الرَّهن توجب شيوع الدَّين، وذلك غيرُ مانع من صحّةِ الرَّهنِ، والزَّيادةُ في الدَّين توجب شُيوع الرَّهن؛ لأنّه لا بُدّ أن يُقابله شيءٌ من الرَّهن، وشيوع الرَّهن مانع من صحَّتِهِ على ما بيَّنّا.

وقال زُفر ﷺ: لا يجوز فيهما، أمّا في الدَّين فلما قال، وأمّا في الرَّهن؛ فلأنّه جعله رهناً ببعضِ الدَّينِ، فلا يجوز كما إذا جعلَه رَهْناً بكلِّه، فإنّه لو جعله رهناً بكلِّه لا يجوز، حتى يردّ المرتهنُ الرّهنَ الأوّلَ.

وجوابه: أنّ الزّيادةَ تلحقُ بأَصل العقد، كما مرّ في البيع، فيصير كأنّه رهنهما من الابتداء.

قال: (**وأجرةُ مكانِ الحِفظِ على المُرْتَهن**)؛ لأنّ الحِفْظَ عليه ليردَّه إلى الرَّاهن؛ ليسلم له حَقُّه، فيكون عليه بَدَلُه أيضاً، وكذلك أُجرةُ الحافظِ وجُعْلُ الآبق؛ لأنّه يحتاج إلى إعادةِ يدِه ليردَّه على مالكِه، فكان من مؤونةِ الرَّدِّ فيجبُ عليه، وإن كانت قيمتُه أكثرَ من الدَّين، فعلى الرَّاهن قَدْرَ الزِّيادة؛ لأنّها أمانةٌ، فتكون يدُه يد المالك، فتكون المؤونةُ على المالك، وهذا في جُعْل الآبق ظاهرٌ؛ لأنّه لأجل الضَّمان، فيَتَقَدَّرُ بقَدْرِ المَضْمون.

أمّا أُجرةُ البيت فالجميعُ على المُرتَهن؛ لأنّه بسببِ الاحتباس، والحبسُ ثابتٌ له في اليد.

والخَراجُ على الرَّاهن؛ لأنّه مؤونةُ ملكِهِ.

قال: (**وله أن يحفظَه بنفسِهِ وزوجتِهِ وولدِهِ وخادمِهِ الذي في عِيالِهِ**)، وقد تقدَّم.

قال: (**وليس له أن ينتفعَ بالرَّهن**)؛ لأنّه غيرُ مأذونٍ له في ذلك ، وإنّما له ولايةُ الحبس لا غير، (**فإن أَذِنَ له الرَّاهن، فهَلَكَ حالة الاستعمال هَلَكَ أمانةً**)؛ لأنّه عاريةٌ على ما يأتي في بابها، وإن هَلَكَ قبل الاستعمال هَلَكَ مَضموناً؛ لبقاء يد الرَّاهن، وكذا بعد الاستعمال؛ لزوال يدِ العارية وعودِ يدِ الرَّاهن.

فصل [ما يصح به الرّهن]

(**ويصحُّ رَهْن الدَّراهم والدَّنانير**)؛ لتحقُّق الاستيفاءِ منها، فكانت محلّاً للرَّهن، (**فإن رُهِنَت بجنسِها فهَلَكَت سَقَطَ مْثْلُها من الدَّين**)؛ لأنّ الاستيفاءَ حَصَلَ، ولا فائدة في تضمينِه بالمِثل؛ لأنّه مِثْليٌّ، ثمّ يدفعه إليه قضاءً.

(**وكذلك كلُّ مكيلٍ ومَوْزونٍ، وإن اختلفا في الجودةِ والرَّداءةِ**)؛ لأنّ الشَّرعَ أسقطَ اعتبارَ الجُودةِ عند المقابلةِ بالجِنْس على ما مَرَّ في البُيوع.

قال: (**ويصحُّ برأسِ مالِ السَّلَم وبَدَلِ الصَّرْف**)؛ لتحقّق الاستيفاء، والمجانسةُ ثابتةٌ في الماليّة فلا يكون استبدالاً[1]، (**فإن هَلَكَ قَبْلَ الافتراق تَمّ الصَّرْف والسَّلَم، وصار مُستوفياً**)؛ لتحقّق القَبْض حُكماً، (**وإن افترقا والرَّهنُ قائمٌ بطلا**)[2]؛ لوجودِ الافتراق لا عن قبض، وأنّه شرطٌ فيهما على ما عُرِف.

---

(١) أي يتحقق الاستيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية، فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية، وأما عين الرهن فهو أمانة عنده، كما لو كان الرّهن عبداً، فمات كان كَفَنُهُ على الراهن، والأعيان من حيث المالية جنس واحد، فلا يكون استبدالاً كما قال زفر؛ لأن باب الاستبدال مسدود فيما يتعلق بهذا، كما في العناية١٠: ١٥٧.

(٢) بيانه: أن الرهن برأس مال السلم، فإن هلك الرهن في المجلس، وقيمته مثل رأس المال أو أكثر، فقد تم العقد بينهما؛ لأنَّه حصل مستوفياً لرأس المال؛ لأنَّ قبض الرهن قبض استيفاء؛ لأنَّه قبض مضمون، وقد تقرَّر الضَّمان بالهلاك، وعلى الرَّاهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال، فتم عقد السلم، وإن

قال: (**ويَصِحُّ بالدَّين الموعود، فإن هَلَكَ بما سَمَّى**)؛ لأنّه مَقْبوضٌ على جهة الرَّهن، فيكون كالمَقْبوض على سَوم الشراء.

وصورته: أن يرهنه شيئاً على أن يقرضَه درهماً، فيهلك قبل القَرض، فعليه أن يعطيَه دِرهماً.

ولو قال: على أن يُقرضَه شيئاً ولم يسمِّ، فَهَلَكَ أَعطاه ما شاء، والبَيان إليه؛ لأنّ بالهلاك صار مُستوفياً، فيصير كأنّه قال: عند الهلاك وجب لفلان عليّ شيء.

ولو قال: بدراهمَ يلزمُه ثلاثةُ؛ لأنّها أقلُّ الجمع.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لو قال: أَقْرِضني وخُذْ هذا الرَّهن، ولم يُسَمّ فأخذه وضاعَ ولم يُقْرِضْه، قال: عليه قيمة الرهن.

قال: (**ومَن اشترى شيئاً على أن يَرْهنَ بالثَّمن شَيئاً بعينِهِ فامتنعَ لم يُجْبَرْ**)؛ لما بينّا أنّه عَقَدُ تَبَرُّعٍ.

كانت قيمتُه أقلّ من رأس المال، تمّ العقد بقدره، ويبطل في الباقي؛ لأنَّه استوفى من رأس المال بقدره، وإن لم يهلك الرَّهن حتى افترقا، بَطَلَ السَّلَم؛ لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال، وعليه رَدُّ الرَّهن على صاحبه، وكذا هذا الحكم في بدل الصَّرف إذا أخذ به رهناً: أنَّه إن هَلَكَ الرَّهن قبل افتراق العاقدين بأبدانهما تم عقد الصرف؛ لأنَّه بالهلاك صار مستوفياً، وإن لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف؛ لفوات شرط الصِّحّة، وهو القبض، كما في السَّلَم، كما في البدائع ٥: ٢٠٤.

(والبائعُ إن شاء تَرَكَ الرَّهْنَ، وإن شاء رَدَّ البَيْعَ)؛ لأنّه وصفٌ مَرْغوبٌ فيه، وقد فاته فيَتَخَيَّرُ.

قال: **(إلا أن يُعْطِيه الثَّمن حالاً)**؛ لحصول المقصود، **(أو يُعْطِيه رَهْناً مثل الأوَّل)**؛ لحصول المعنى، وهو الاستيثاق بمثلِه في القِيمة.

والقِياس: أن لا يجوز هذا البَيع؛ لأنّه صَفْقةٌ في صَفْقةٍ، وهو منهي عنه[1]؛ لأنّه شرطٌ لا يَقْتَضِيه العَقْدُ، وفيه نفعٌ لأَحدِهما، وأنّه يُفْسِدُ البَيع؛ لما مَرّ.

ووجهُ الاستحسان: أنّه شرطٌ يُلائم العَقد؛ لأنّ الرّهنَ للاستيثاق، وهو ملائمٌ للوجوب، فلا يُفْسِدُه.

قال: **(وإن رَهَنَ عبدين بدين، فقضى حصّةَ أحدِهما، فليس له أخذُهُ حتى يقضي باقي الدَّين)**؛ لأنّه ثبتَ له حَقّ الحَبْس في الكلِّ للاستيثاق بالدَّين، وبكلِّ جزءٍ منه؛ ليكون أدَّعى إلى قضاءِ الدَّين، فصار كالمَبيع في يدِ البائع.

وكذلك إن سَمَّى لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً من الدَّين في روايةِ «الأصل».

وذكر في «الزيادات»: له قبضُه إذا أدّى ما سَمَّي له، وهو قولُ محمّد رضي الله عنه؛ لأنّه محبوسٌ بالقدر الذي سَمّاه له، ولهذا لو هَلَكَ هَلَكَ به.

ووجه الأوّل: أنّ الصَّفقةَ واحدةٌ، وإن عَيَّنَ لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً؛ ولهذا لو قَبِلَ العقدَ في البعض دون البعض لا يجوز، كما في البَيع.

---

(١) فعن ابن مسعود رضي الله عنه: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة» في مسند أحمد٦: ٣٢٤، ومسند الشاشي١: ٣٢٤، ومسند البزار٥: ٣٨٤.

قال: (**وإن رَهَنَ عَيْناً عند رجلين جاز**)؛ لأنّه أضافَ الرَّهنَ إلى جميعها صفقةً واحدةً، فيكون مُحْتَبساً بما رهنها به، وهو ممّا لا يَقبلُ التَّجزّي، فيكون محبوساً بكلٍّ واحدٍ منهما، فإن تَهَايَآ[1]، فكلُّ واحدٍ منهما في حَقِّ صاحبِه كالعَدل.

قال: (**والمضمونُ على كلِّ واحدٍ منهما حِصّة دينه**)؛ لأنّه يَصيرُ مُسْتوفياً حِصَّتَه بالهلاك، (**فإن أَوْفى أحدَهما، فجميعُها رهنٌ عند الآخر**)؛ لأنّ جميعَها رهنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما من غيرِ تفريقٍ؛ لما بيّنّا، وصار كحَبْسِ المبيع إذا أدّى أحد المشتريين حِصَّته.

قال: (**وللمُرْتهن مُطالبةُ الرَّاهن وحَبْسُه بدينِه وإن كان الرَّهن في يده**)؛ لبقاء حقِّه في الدّينِ، والرَّهنُ للاستيثاق فلا يَمنعُ المُطالبةَ، فإذا طالبَه ومَطَلَه فقد ظَلَمَه، فَيَحبِسُهُ القاضي جزاءً على الظُّلم.

(**وليس على المُرْتَهنِ أن يُمَكِّنَه من بيعِهِ لقضاءِ الدَّين**)؛ لأنّ حقَّه ثابتٌ في الحَبْس، حتى يستوفي دينَه، فلا يجب عليه إبطالُه بالبَيْع، إلا أنّه يؤمرُ بإحضاره؛ لما بيّنّا أنّ قبضَه قبضُ استيفاءٍ، فلو قَبَضَ دينَه مع ذلك يتكرَّر الاستيفاءُ على تقدير مُحْتَمل، وهو الهَلاكُ في يدِه.

---

(١) هيأها هي مهايأة، ومنه التهايؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وفي الحقيقة أن يتراضوا بهيئة واحدة، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الآخر، وفي عرف الفقهاء هي قسم المنافع، كما في البناية١١: ٤٦٢.

وإذا أَحضَرَه قيل: للرَّاهن سَلِّم الدَّين أوّلاً ليتعيَّن، وهو نظيرُ بيع السِّلعةِ بالثَّمن.

فصل

(فإذا باع الرَّاهنُ الرَّهنَ فهو موقوفٌ على إجازةِ المُرْتهن أو قضاءِ دينِه)؛ لتعلّق حقِّه بحبسِه على ما بيّنا، فيتوقَّف إبطالُه على رضاه أو زوال حقِّه، فإذا أجاز فقد رَضِي بزوال حَقِّه في الحَبْس، وإذا قَضَى دينَه فقد زال حقُّه في الحبس، فعمل المقتضي عَمَلَه، وهو صدور الرُّكن من الأهل مُضافاً إلى المَحلِّ.

ثم إذا أجاز البَيْع ونَفَذَ انتقل حَقُّه إلى بدلِه؛ لأنّ له حكم المبدل: كالعبد المديون إذا بيع برضا الغُرماء انتقل حَقُّهم إلى بدلِه، والفقه فيه أنّه إنّما رضي بالانتقال دون السُّقوط.

وإن لم يجز البَيْع، قيل: يَنْفَسِخُ: كعَقْد الفُضولي، حتى لو استفكه الرَّاهنُ لا سبيل للمُشْتري عليه، وقيل: لا يَنْفَسِخُ، قالوا: وهو الأَصحّ[1]؛ لأنّ التَّوقفَ إنّما كان صيانةً لحقّ المُرْتهن عن البُطلانِ وحَقِّه في الحبس، وذلك لا يَمْنعُ الانعقاد، فيبقى موقوفاً إن شاء المشتري صَبَرَ حتى يَسْتَفِكَّه الرَّاهن، وإن شاء فَسَخَ القاضي؛ لعجزه عن التَّسليم، وصار كإباق العبد بعد البَيْع قبل القَبْض، فإن المُشْتري يَتَخَيَّر، كما ذكرنا.

---

(١) وصححه في الهداية١٠: ١٨٠، ودرر الحكام٢: ٢٥٦.

قال: (**وإن أَعتق العَبدَ الرَّهنَ نَفَذَ عِتْقُه**)؛ لصدور ركن الإعتاق من الأهل مضافاً إلى المحلّ، ولا خفاء فيهما عن ولاية، وهي ملكُ الرَّقبة، فيُعْتَق كما إذا أعتق المشتري قبل القَبْض والآبق والمغصوب.

وإذا زال مِلْكُه عن الرَّقبة بالإعتاق زال ملك المُرْتَهن في اليد بناًء عليه: كالعبد المشترك، وثَمَّ يَزولُ ملكُ الرَّقبة؛ فلأن يَزول هنا ملكُ اليد أولى، بخلاف البيع والهبة، فإنّه إنّما يوقف؛ لعدم القُدْرة على التَّسليم، ولأنّ في نفاذِ العتق تحصلُ منفعةِ العبدِ والمولى، وهو ظاهرُ من غير فوات مَصْلحة المُرْتهن؛ لأنّه يجب له إمّا سِعاية العبد، أو رَهنِيَّة قيمتِه، أو أداءِ الدَّين حالاً.

ولو لم يَنْفَذ العتق بَطَلَت مصلحةُ المعتَق والمعتِق لا إلى جابر، فكان نفاذُه أَتَمّ مصلحةً، وأعمَّ فائدةً، فكان أولى، وإذا نَفَذَ العتق بَطَلَ الرَّهن؛ لفوات محلِّه.

(**فيُطالب بأداءِ الدَّين إن كان حالاً**)؛ إذ هو الواجبُ في الدُّيون الحالّة، ولا فائدة في طلبِ القيمةِ، فإنّه متى قبضَها والدَّينُ حالٌّ وَقَعَت المُقاصّة.

(**وإن كان مؤجلاً رَهَنَ قيمةَ العبد**)؛ لقيامها مقام العبد، فإذا حلّ الدَّين، وهو من جنس حَقّه اقتصّ منه بقدرِه ورَدّ الفَضل.

(**وإن كان مُعْسِراً سَعَى العبدُ في الأقلِّ من قيمتِهِ والدَّين**)؛ لأنّه تَعَذَّر أخذ الحقِّ من جهةِ المعتِق، فيؤخذ ممّن حَصَلَت له فائدةُ العتق، وهو العبد؛ لأنّ الخراجَ بالضَّمان، ويَسْعى في الأقلّ منهما؛ لأنّ الدَّين إن كان أقلّ فالحاجة

تندفع به، وإن كانت القيمةُ أقلَّ، فهو إنّما حَصَل له هذا القَدْر، فلا تجب عليه الزِّيادةُ.

(**ويَرْجعُ على المولى إذا أيسر**)؛ لأنّه اضطرَّ إلى قضاءِ دينِه بحكم الشَّرع فيرجع عليه، بخلاف المُسْتَسْعَى؛ لأنّه يَسْعى لتحصيل العِتق عند أبي حنيفة ﵁، ولتكميلِه عندهما، وهاهنا تَمَّ عتقُه، وإنّما يَسْعى في ضمانٍ على غيرِه، فيرجع كمُعِير الرَّهن.

ولو دَبَّرَ الرّاهنُ الرَّهنَ أو كانت أمّةً فاستولدها صَحّ.

أمّا التَّدبير؛ فلما مَرّ.

وأمّا الاستيلادُ؛ فلأنّ حَقَّه أَقْوى من حَقّ الأب في جارية الابن، وقد صَحّ، ثمّ فهنا أولى.

وحقُّ المُرْتهن مجبورٌ بالسِّعاية أو التَّضمين، فإن كان المولى موسراً، فحكمُه ما مرّ في العِتق، وإن كان مُعْسراً سعياً في جميع الدَّين؛ لأنّ كسبَهما للمولى؛ ولهذا لا يرجعان عليه.

وإذا استهلك الرَّاهن الرَّهن، فهو كالعتق.

قال: (**وإن استَهْلَكه أَجنبيٌّ، فالمُرْتَهنُ يُضَمِّنُه قيمتَه يومَ هَلَكَ**)، فيكون رَهْناً مكانَه؛ لأنّ حَقَّه ثابتٌ في حَبْس العَين، فكذا في بدلِه، فإن كانت قيمتُه يومَ القَبْضِ ألفاً وضَمَّنَه خمسمئةٍ سَقَطَ من الدَّين خمسمئةٍ كأنّها هَلَكَت بآفةٍ سَماويّة.

قال: (**وليس له أن ينتفعَ بالرَّهن**)؛ لما فيه من تفويت حقّ المرتهن، وهو الحَبْس الدَّائم الذي يقتضيه العَقد، كما بيّنّا.

قال: (**فإن أَعاره المَرْتهنُ، فقبضَه الرّاهنُ خَرَجَ من ضمانِه، فلو هَلَكَ في يدِ الرّاهن هَلَكَ بغير شيءٍ**)؛ لزوال الحبسِ المضمونِ ووصوله إلى يدِ الرّاهن، وله أن يسترجعَه؛ لبقاء عقد الرّاهن؛ ولهذا لو مات الرّاهنُ قبل رَدِّه فالمرتهنُ أَحَقُّ به من سائر الغُرماء، وإذا أخذه عاد الضَّمانُ بعودِ القَبْضِ في عَقْدِ الرّهن، فتعود صِفَتُهُ.

قال: (**وإن وِضَعاه على يدِ عَدلٍ جاز**)؛ لأنّه نائبٌ عن الرَّاهن في الحفظِ، وعن المُرْتَهن في الحَبْس، ويجوز أن تكون اليدُ الواحدةُ في حكم يَدَين، وشخصٌ واحدٌ بمنزلةِ شخصين، كمَن عَجَّل الزّكاة كان السَّاعي كالمالك، حتى لو هَلَكَ النِّصاب قبل الحَوْل أخذه من يدِه، وفي منزلةِ الفقير حتى لو هلكت في يدِه سَقَطَت كما لو دَفَعَها إلى الفَقير.

(**وإن شَرَطا ذلك في العَقْد فليس لأحدِهما أخذُه**)؛ لتعلُّق حقِّهما به، الرّاهنُ في الحفظِ والمرتهنُ في الاستيفاءِ، ولا يملك أحدُهما إبطالَ حقِّ الآخر.

قال: (**ويهلكُ من ضمان المُرْتهن**)؛ لأنّ يدَه يدُ المُرْتهن، وهي مَضْمونةٌ في حَقّ الماليّة، ولو دَفَعَه إلى أحدِهما ضَمِن؛ لأنّه مودَعُ الرَّاهن في العين، والمُرْتَهنُ في الماليّة، وكلُّ واحدٍ منهما أجنبيٌّ عن الآخر، فيَضْمَنُ كالمودَع إذا دفعَه إلى أَجنبيٍّ، والعدلُ يَبيعُ ولدَ المرهونة، ويُجبرُ على البَيعِ عند طلبِ المُرْتَهن، ولا

يَنْعَزل بعزل الموكِّل وموتِه، ويَمْلِك مُصارفةَ الثَّمن إذا خالفَ جنس الدَّين، والوكيل المفرد لا يملك شيئاً من ذلك.

قال: (**ويجوز أن يوكَّل المُرْتَهَنَ وغيرَه على بيع الرَّهن**)؛ لأنّه أهلٌ للتّوكيل، وقد وَكَّل ببيع ماله، (**فإن شَرَطَها في عقدِ الرّهن لم يَنْعَزل بموتِ الرَّاهن، ولا بعَزْله**)؛ لأنّ الوكالةَ صارت وصفاً للرَّهن بالشَّرط، فتبقى ببقاءِ أصلِه وقد تعلَّقَ به حقُّ المُرْتَهن، وليس للرّاهن إبطالُه ولا للورثةِ؛ لتَقَدُّمِ حقِّه على حقِّهم، وبقاء الرَّهن بعد موتِهِ.

ولو شَرَطَ البيعَ بعد الرَّهن، قال الكَرخيّ رضي الله عنه: يَنْعَزلُ بالعَزْل والموت؛ لعدم اشتراطه في العقد[1]، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنّه لا يَنْعزل، واختارَه بعضُ المشايخ.

قال: (**وإذا ماتَ الرّاهنُ باع وصيُّه الرّهنَ وقضى الدَّين**)؛ لأنّ الدَّينَ حَلّ بموته، والوصيُّ قائمٌ مَقامه، ولو كان الرّاهنُ حيّاً كان له بيعُه لإيفاءِ الدَّين بأمر المُرْتَهن، فكذا هذا.

(**فإن لم يكن له وصيٌّ نَصَّبَ القاضي مَن يَفْعل ذلك**)؛ لأنّه نُصِبَ لصالح المسلمين، والنَّظرِ لهم عند عَجْزهم، والنّظرُ فيما ذكرنا؛ لأنّه يحتاج إلى قضاءِ ما عليه من الدُّيون الحائلةِ بينه وبين الجنّة.

---

(١) وصححه في الهداية ٤: ٤٢٨.

قال: (**ومَن استعار شيئاً ليرهنه جاز، وإن لم يسمِّ ما يرهنه به**)؛ لأنَّ الإطلاقَ في العاريةِ معتبرٌ؛ لأنّه لا يُفضي إلى المُنازعة، وله أن يرهنَه بأيِّ قدرٍ شاء، وأي نوع شاء، ممَّن شاء عَمَلاً بالإطلاق.

(**فإن عيَّن ما يَرْهَنُه به، فليس له أن يَزيدَ عليه ولا يُنقص**).

أمّا الزِّيادةُ؛ فلأنّه ربّما احتاج المعيرُ إلى فكاكِ الرَّهنِ، فيؤدِّي قدرَ الدَّين وما رضي بأداء القدر الزَّائد على ما عَيَّنَه، أو لأنّه يتعسَّر عليه ذلك، فيتضرَّرُ به.

وأمّا النُّقصان؛ فلأنَّ الزَّائدَ على قَدْرِ الدَّينِ يكون أمانةً، وما رضي إلا أن يكون مَضْموناً كلُّه، فكان التَّعيينُ مُفيداً، فيَتَقَيَّدُ به، وإن رَهَنَه بجنسٍ آخر ضَمِن؛ لأنّه لم يَرْضَ به.

وكذا لو عَيَّن رَجُلاً فرَهَنَ عند غيره؛ لتفاوت النّاس في الحفظِ والملاءةِ والقضاء.

وكذلك لو قيّدَه ببلدةٍ فرهنَه بأُخرى ضَمِن.

والمعيرُ إن شاء ضَمَّنَ الرّاهنَ لتعدِّيه حيث خالف، وإن شاء المُرْتَهن؛ لأنّه قبضَ ماله بغير أَمره، فإن ضَمَّن الرّاهنَ مَلَكَ الرّهنَ، فصار كأنّه رَهَنَ ملكه، فتترتب عليه أحكامُه، وإن ضَمَّنَ المرتهنَ رجَعَ بدينِهِ وبما ضَمِن على الرّاهن؛ لأنّه بسببِهِ وغُرُورِهِ.

ولو رَهَنَه ممّا عَيَّن، فهَلَكَ في يدِ المُرْتهن صار مُسْتوفياً دينه؛ لما تقدّم، وعلى الرَّاهن للمُعير مثله؛ لأنّه صار قاضياً دينه، فيَرْجِعُ بمثلِهِ.

ولو دَخَلَه عيبٌ نَقَصَ من الدِّين بحسابه، ويَضْمَنُهُ لربّ العارية.

ولو كانت قيمتُه أقلّ من الدَّين ضَمِن الرّاهن للمُعير قيمتَه؛ لأنّه صار قاضياً من دينَه بقدرها.

ولو هَلَكَ عند المُستعير قبل الرَّهن أو بعد الفِكاك لا يَضْمَنُ؛ لأنّه قبضَه بإذن المالك ولم يقض دينَه منه.

وإذا أَعطى المعير الدَّين ليأخذ الرَّهن أَجبر المُرتهن على دفعِه إليه، ورَجَعَ بذلك على الرّاهن؛ لأنّه غيرُ متبرّع في ذلك لحاجتِه إلى خلاص ملكه.

ولو اختلفا في مقدار ما أَمره به، فالقولُ للمُعير؛ لأنّه منه يُستفاد، ألا يرى أن له إنكار الأصل، فكذا الوَصْفُ.

فصل [جناية الرّهن]

جنايةُ الرّاهن على الرَّهنِ مضمونةٌ؛ لأنّه كالأَجنبيِّ في الماليّة حيث تعلَّق بها حقّ الغير حبساً واستيفاء.

وجنايةُ المُرتَهن يَسْقطُ من الدَّين بقدرها؛ لأنه لو نَقَصَ لا بفعله يسقط، فبفعله أولى.

وجنايةُ الرّهن على الرّاهن وماله هدرٌ، والمراد جنايةٌ توجب المال؛ لأنّها جنايةٌ المملوك على مالكه.

وكذلك جنايتُه على المُرتهن؛ لأنّها لو اعتبرت كان عليه تطهيرُه منها لحدوثها في ضمانه، ولا يجب له الضَّمان، وعليه الخلاصُ لعدم الفائدة.

وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: هي معتبرةٌ؛ لأنها على غير المالك، وفي اعتبارها فائدة، وهي دفعُه إلى الجناية، ويبطلُ الرَّهن، وإن لم يطلب المُرْتَهن الجناية بَقِي رهناً على حالِه.

وإن جَنَى على مالِه وقيمتُه والدَّين سواءٌ لا يُعتبرُ بالإجماع؛ لعدم الفائدة، وإن كانت القيمةُ أكثر، فكذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعنه: أنه يُعتبر بقدر الأمانة كجناية الوديعة على المُستودَع.

كتاب القسمة

وهي في الأصل[1]: رفعُ الشُّيوع وقطعُ الشَّركة، قال الله تعالىٰ: {وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاء قِسْمَةٌ} [القمر: ٢٨]: أي غيرُ شائع ولا مشترك، بل لهم يوم وللنّاقة

---

(١) القسمة في الأملاك المشتركة نوعان: أحدهما: قسمة الأعيان، والثاني: قسمة المنافع.
ولغةً: هي عبارة عن إفراز النصيب.
وشرعاً: عبارةٌ عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض، كما في البدائع ٧: ١٧.
وسببها: طلبُ الشركاء أو بعضُهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص؛ لأنَّ كلَّ واحد من الشركاءِ منتفعٌ بنصيبِ غيره، فالطالبُ للقسمة يسأل القاضي أن يخصّه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبَه إليه.
وركنها: هو الفعلُ الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين: كالكيل والوزن والعدّ والذرع.
وشرطُها: أن لا تفوت المنفعة بالقسمة، فإذا كانت تفوت بها منفعته لا يُقسم جبراً كالبئر والرّحا والحمّام ونحو ذلك; لأنَّ الغرضَ المطلوب منها توفير المنفعة، فإذا أدّت إلى فواتها لم يجبر الحاكم عليها، كما في التبيين ٥: ٢٦٤.
وشرائطُ جوازِ القاسم:

١.العقل، فلا تجوز قسمة المجنون، والصبي الذي لا يعقل; لأنَّ العقل مِنْ شرائط أهلية التصرفات الشرعية، فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة، حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه، وكذلك الإسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة، فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون؛ لأنَّ هؤلاء من أهل البيع فكانوا مِنْ أهلِ القسمة.

٢.المِلك والولاية؛ فلا تجوز القسمة بدونها، أمّا المِلك فالمعني به أن يكون القاسمُ مالكاً فيقسم الشركاءُ بالتراضي، وأمّا الولاية فنوعان: ولايةُ قضاء وولايةُ قرابة، إلا أنَّ شرط ولاية القضاء الطلب، فيقسم القاضي وأَمينه على الصغير والكبير، والذكر والأنثى، والمسلم والذميّ، والحرّ والعبد، والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلِّهم أو بعضهم، ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة، فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحدٍ والأصلُ فيه أنّ كلّ مَن له ولايةُ البيع فله ولايةُ القسمة ومَن لا فلا، ولا يقسم بعض الورثة على بعض; لانعدام الولاية.

وشرائط الاستحباب للقاسم:

١.أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة؛ لأنَّه لو كان غيرَ عدل خائناً أو جاهلاً بأُمور القسمةِ يُخاف منه الجور في القسمةِ لا يجوز.

٢.أن يكون منصوب القاضي؛ لأنَّ قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب، ولأنَّه أجمع لشرائط الأمانة.

٣.المبالغة في تعديل الأنصباء، والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان؛ لئلا يدخل قصور في سهم، وينبغي أن لا يدع حقّاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب، إلا إذا لم يمكن، وينبغي أن لا يَضُمَّ نصيبَ بعض الشُّركاءِ إلى بعضٍ إلا إذا رضوا بالضمّ؛ لأنَّه يَحتاج إلى القسمةِ ثانياً.

يوم، ومعنى قسمة رسول الله ﷺ الغَنائم أنّه أَفْرَزَها وقطع الشَّركة فيها، وهذا المعنى مرعي في الشَّرع، إلا أنّه تارةً يقع إفرازاً وتمييزاً للأنصباء، وتارة مبادلةً ومعاوضةً على ما نبيّنه إن شاء الله تعالى.

وهي مشروعة بالكتاب: وهو قوله تعالى: {وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ}[الأنفال: ٤١] الآية، بيَّنَ الأنصباء وهو معنى القسمة.

والسُّنّةُ: وهو أنّه ﷺ «قسم الغنائم والمواريث، وقسم خيبر بين أصحابه»[1]، و«عليّ رضي الله عنه نصَّب عبد الله بن يحيى ليقسم الدور والأرضين ويأخذ عليه الأجر»[2].

وعليه إجماع المسلمين.

---

٤. أن يقرع بينهم بعد الفراغ مِنَ القسمة، ويشترط عليهم قَبول مَن خرج سهمه أوّلاً فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار، ومَن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا، ثم يقرع بينهم، لا لأنَّ القرعة يتعلّق بها حكم بل؛ لتطييب النفوس، ولورود السُّنة بها، ولأنَّ ذلك أَنْفَى للتُّهمة فكان سنة، كما في البدائع٧: ١٩.

(١) عن عمر رضي الله عنه: «لولا آخر المسلمين، ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها، كما قسم النبي ﷺ خيبر» في صحيح البخاري٣: ١٠٦.

(٢) فعن عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «أن عبد الله بن يحيى الكندي كان يقسم لعلي بن أبي طالب الدور والأرضين، ويأخذ على ذلك الأجر» في الأصل لمحمد بن الحسن٣: ٢٧٠.

ولأنّ المشتركَ قد لا يمكنهما الانتفاع به، فمَسَّت الحاجةُ إلى القسمة؛ ليصل كُلُّ واحدٍ إلى المنفعة بملكه، أو لأنّه لا يُمكنُه الانتفاعُ إلا بالتَّهايؤ، فيبطل عليه الانتفاعُ في بعض الأزمان، فكانت القِسمةُ متمِّمةً للمُنْفعةِ.

وقد ذكرنا: أنّ القسمةَ تكون إفرازاً، وتكون مبادلةً فنقول: **(معنى الإفراز فيما لا يَتَفاوت أَظْهرُ كالمَكيل والمَوْزون)**، وسائر المِثْليات حتى كان لكلّ واحدٍ أن يأخذَ نصيبَه بغير رضى صاحبِه ومع غيبتِهِ، ويَبيعُهُ مرابحةً وتوليةً على نصفِ الثَّمن، ولا يخلو عن معنى المُبادلة أيضاً؛ لأنّ ما حَصَلَ له كان له بعضُه وبعضُه لشريكه، إلا أنّه جُعِل وصولُ مثلِ حَقِّه إليه كوصول عين حقِّه؛ لعدم التَّفاوت.

(ومَعْنى المُبادلة أَظهر فيما يَتَفاوت كالحَيوانِ والعَقار)، وكلُّ ما ليس بمِثْليٍّ، حتى لا يكون لأَحدِهما أخذُ نصيبه مع غيبةِ الآخر، ولو اقتسما فليس له بيعُه مرابحةً؛ لأنّ ما أَخَذَ ليس بمثلٍ لما تَرَكَ على صاحبِه.

(إلا أنّه يُجبرُ الممتنعُ منهما على القِسمة إذا اتحد الجنس): كالإبل والبقر والغنم تتميماً للمنفعة وتكميلاً لثمرةِ الملك، فإنّ الطَّالبَ يَسأل القاضي أن يخصَّه بنصيبه، ويَمْنَعَ غيرَه من الانتفاع به، فيجيبه القاضي إلى ذلك؛ لأنّه نُصِّبَ للمصالح ودفع المظالم، والإجبارُ على المبادلةِ جائزٌ إذا تَعَلَّقَ بها حقُّ الغير كالمشتري مع الشَّفيع، والمديون يُجبر على بيعِ ملكِه لإيفاء الدَّين.

(ولا يُجبرُ عند اختلاف الجنس)[1]: كالحيوانِ مع العَقار، أو البَقَر مع الخَيل، ونحو ذلك؛ لتعذُّر المعادلةِ فيه؛ للتَّفاوت الفاحش بينهما في المَقصود، وكذلك الثِّياب إذا اختلفت أجناسُها، والثَّوبان إذا اختلفت قيمتُهما، **(ولو اقتسموا بأنفسهم جاز)**؛ لأنّه بيعٌ، ولهما ذلك.

قال: **(ويَقْسِمُ على الصَّبيِّ وَصِيُّه أو وَلِيُّه)**: كالبيعِ وسائر التَّصرُّفات، فإن لم يكن نَصَّبَ له القاضي مَن يَقْسِمُ.

قال: **(وينبغي للقاضي أن يُنَصِّبَ قاسماً عَدْلاً مأموناً عالماً بالقِسمة)**؛ لأنّه لا قدرة له على العمل إلا بالعِلم به، ولا اعتماد على قوله إلا بالعَدالة، ولا وثوق إلى فعلِه إلا بالأمانة، ولأنّه يحكم عليهم بفعلِه، فأشبه القاضي، فينبغي أن يكون بهذه الصِّفات.

قال: **(يرزقه من بيتِ المال)**؛ لأنّ فعلَه يقطع المنازعة كالقضاء، فينبغي أن يكون رزقُه من بيتِ المال كالقاضي، ولأنّه أنفى للتُّهمة فكان أفضل، ولأنّه أرفق بالعامّة.

قال: **(أو يُقَدِّرُ له أجراً يأخذه من المتقاسمين)**؛ لأنّه يعملُ لهم، وإنّما يقدره؛ لئلا يطلب زيادةً، ويَشْتَطَّ عليهم في الأَجر.

---

(١) أي لا يجبر القاضي الشركاء على قسمة المال المشترك الموروث والمشترى عند اختلاف جملة واحدة؛ لأن الشركة ثابتة في العين، ألا ترى أنه لو أراد أن يبيع العين ويقسم الثمن لم يكن له ذلك دون رضاهم، كما في شرح السير الكبير٢: ١٠٦٢.

قال: (**وهو على عددِ رؤوسهم**).

وقالا: علىٰ الأنصباء؛ لأنّها مؤونُة الملك، فيتقدَّر بقدِره، فصار كحافر بئر مشتركةٍ، ونفقةِ المملوك المُشْترك.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه جزاءُ عَمَلِه، وهو التَّمييزُ والإفراز، ويستوي فيه القليل والكثير.

بيانه: أنّه لا يأخذ الأجر علىٰ المساحة والمشي علىٰ الحدود، حتىٰ لو استعان في ذلك بأرباب الملك، فله الأجر إذا قَسَمَ ومَيّزَ، وربّما يكثر عملُه في القليل؛ لأنّ الحسابَ إنّما يَدِقُّ ويصعبُ عند تفاوت الأنصباء لا عند استوائهما، بخلاف حفر البئر، فإنّ الأجرةَ مقابلةٌ بالعَمل وهو نقلُ التُّراب، ونفقةُ المملوك لإبقاء الملك، وحاجةُ صاحبِ الكثير أكثرُ، وبخلاف الكَيْلِيِّ والوَزْنيّ؛ لأنّه أجرُ عملِه، ولهذا لو استعان في ذلك بأرباب الملك لا أَجْرَ له، وكيلُ الكثير أكثرُ من كَيْلِ القليلِ قَطْعاً.

ورُوِي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ الأَجْرَ علىٰ الطَّالب؛ لأنّه هو المُنْتفع به دون الممتنع؛ لتضرُّره به.

قال: (**ولا يُجبر النَّاسَ على قاسم واحدٍ**)[1]، معناه إذا لم يُقَدِّر أَجْرَه؛ لأنّه يتعدَّىٰ أَجرَ مثلِه، ويَتَحكَّمُ في طلبِ الزّيادة، وأنّه ضررٌ.

---

(١) أي: لو أراد الناس أن يستأجروا قساماً آخر غير الذي نصبه القاضي لا يمنعهم القاضي عن ذلك، ولا يجبرهم علىٰ أن يستأجروا قساماً؛ لأنَّه لو فعل ذلك لعلّه لا يرضى إلا بأجرة كثيرة فيتضرر الناس، كما في البدائع٧: ١٩.

قال: **(ولا يترك القُسَّام يشتركون)**؛ لأنّ عند الاشتراك لا يخافون الفَوت فيتغالون في الأَجر، وعند عدم الاشتراك يخاف الفوت بسبق غيره، فيبادر إلى العمل، فيُرَخِّص الأجر.

قال: **(جماعةٌ في أيديهم عقارٌ طلبوا من القاضي قسمته، وادَّعوا أنّه ميراثٌ لم يَقْسِمُهُ حتى يقيموا البيّنة على الوَفاة وعددِ الوَرَثة)**.

وقالا: يقسمُه باعترافهم، ويذكر في كتاب القسمة أنّه قَسَمَه بقولهم، ولا يحتاج إلى بيّنةٍ؛ لأنّ اليدَ دليلُ الملك، والظَّاهرُ صدقُهم، ولا مُنازع لهم كما في غير العَقار، وكما إذا ادَّعوا في العَقار الشِّراء أو مطلق الملك، فإنّه يَقْسِمُه في هذه الصُّور بالإجماع.

وكذا لو كان في الورثةِ كبيرٌ غائبٌ أو صغيرٌ، والدَّارُ في أيدي الكبار الحضور يَقْسِمُها بقولهم، ويَعْزِلُ نَصيب الصّغير والغائب إلا أن يكون العَقارُ في يدِ الغائب أو الصَّبيُّ، فلا بُدّ من حضورهما؛ لئلا يكون قضاءٌ على الغائب والصَبيِّ، وإنّما يذكر أنّه قسمها بقولهم؛ لئلا يتعدّاهم الحكم.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ التَّركةَ قبلَ القِسْمَة مبقاةٌ على حكم ملكِ الميت؛ لأنّ الزَّوائدَ المتولِّدة منها تَحْدُثُ على ملكِهِ حتى يُقْضَي منه ديونه وتَنْفَذُ وَصاياه، فلا يجوز للقاضي قَطْعُ حُكْم ملكِهِ إلا ببيِّنة، بخلافِ المَنْقول؛ لأنّه يحتاجُ إلى الحفظ، فكانت قِسْمَتُه للحفظ، والعَقار محفوظ بنفسه.

وبِخلاف المُشتري[1]؛ لأنّ ملكَ البائع انقطعَ عن المَبِيع، فلم تكن

---

(١) أخذت المسألة من الهداية ١١: ٤١٠، وعبارتها: «وبخلاف المشتري؛ لأن المبيع لا

القِسْمةُ قضاءً على الغير، وكذا إذا أَطلقوا الملك؛ لأَنَّهم ما اعترفوا به لغيرهم، وفي «الجامع الصَّغير» شَرَطَ إقامةِ البيِّنةِ عند الإطلاق؛ لأنّ قِسْمةَ الحِفْظِ لا يُحتاج إليها في العُقار، وقِسْمةَ الملك تَفْتَقِرُ إلى ثبوتِه، فاحتاج إلى البيِّنة.

يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمةُ قضاء على الغير، قال: وإن ادعوا الملك ولم يذكر كيف انتقل إليهم قسمه بينهم؛ لأنّه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنّهم ما أقروا بالملك لغيرهم، وهذه رواية كتاب القسمة. وفي «الجامع الصغير»: أرضٌ ادَّعاها رجلان، وأقاما البَيِّنة أنها في أيديهما وأرادا القِسمة لم يقسمها، حتى يُقيما البيِّنة أنّها لهما؛ لاحتمال أن يكون لغيرهما، ثم قيل: هو قول أبي حنيفة خاصة، وقيل: هو قول الكلّ، وهو الأصحّ؛ لأنَ قسمةَ الحفظ في العقار غيرُ محتاج إليه، وقسمة الملك تفتقرُ إلى قيامه، ولا ملك فامتنع الجواز».

وقال تاج الشريعة: قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع، فموضع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء، وموضع «الجامع الصغير» فيما إذا ادعيا لليد ابتداء، وبيانه: أنهما لم ادعيا الملك ابتداءً واليد ثابتةٌ، ومَن في يدِه شيءٌ يقبل قوله: إنه ملكه ما لم ينازعه غيره؛ إذ الأصل أنّ الأملاك في يد المالك، فيعتبر هذا الظاهر، وإن احتمل أن يكون ملك الغير؛ لأنّه احتمال بلا دليل، فيقسم بينهما بناء على الظاهر، أما إذا ادّعيا اليد، وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه؛ لأنهما طلبا القسمة من القاضي، والقسمة في العقار لا تكون إلا لمالك، فلما سكتا عنه دَلَّ على أنّ الملك ليس لهما فيتأكد ذلك لاحتمال السابق، فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال، وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما، كما في البناية١١: ٢١١.

قال: (**فإن حَضَرَ وارثان فأقاما البيّنة على الوفاة وعدد الورثة ومعهما وارث غائبٌ قَسَمَه بينهم**[1] **إلا أن يكون العُقارُ في يد الغائب**)؛ لما مرّ.

(**وفي الشراء لا يقسمه إلا بحضرة الجميع**)، والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى ينتقل إليه خيار العيب والتعيين فيما اشتراه المورِّث أو باعه فيكون أحدُهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه، وفي الشراءِ ملكٌ مبتدأٌ حتى ليس له الردّ بالعيب على بائع بائعه، ولا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فافترقا.

قال: (**وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيِّنة**)؛ لأنّ الواحدَ لا يكون خصماً ومقاسماً من جهتين، ولا بُدّ من حضور خصمين.

فصل

(**وإذا طلبَ أحدُ الشُّركاء القِسمة، وكلٌّ منهم ينتفعُ بنصيبه قَسَمَ بينهم**)؛ لما بيّنّا، (**وإن كانوا يستضرُّون لا يَقْسِم**).

اعلم أنّ القسمةَ على ضربين:

١. قسمة يتولاها الشُّركاء بأنفسهم، فتجوز وإن كان فيها ضررٌ؛ لأنّ الحقَّ لهم، والإنسانُ مُخيَّرٌ في استيفاءِ حِقّهِ وإبطالِهِ ما لم يَتَعلَّق به حقُّ الغَيْر.

---

(١) أي قسمها القاضي بطلب الحاضرين، ونَصَّب للغائب وكيلاً؛ ليقبض نصيبه؛ لأنَّ أحدَ الورثة يجوز أن يكون خصماً عن الميت، كما في الدّين المدّعى على الميت، وإذا حضر الاثنان كان أحدُهما مقضياً له والآخر مقضياً عليه، وللقاضي ولاية حفظ مال الغائب، فينصب عنه وكيلاً، وكذلك إن كان فيهم صغير نصّب عنه وكيلاً، كما في الخلاصة.

٢.وقسمة يتولاها الحاكمُ أو أمينه، فتجوز فيما فيه مصلحةٌ لا فيما فيه ضَرَرٌ عليهم، ولا فيما لا فائدة فيه: كالحائط والبئر؛ لأنّ القاضي نُصِّب لإقامةِ المصالح ودفع المضار، فلا يجوزُ له فعل الضَّرر، والاشتغالُ بما لا يُفيد من قَبيل الهَزْل، ومَنْصِبُه مُنَزَّهٌ عن ذلك، ولأنّ ما لا فائدة فيه ليس في حكم الملك، فليس على القاضي أن يجيبَه له، فإن طَلَبا القِسمةَ من القاضي في روايةٍ: لا يَقْسِمُ؛ لما بَيَّنّا، وفي روايةٍ: يَقْسِمُ لاحتمال أن يكون لهما منفعةٌ لا تظهر لنا، فإنّما يحكمُ بالظّاهر.

(وإن كان أحدُهما ينتفعُ بنصيبه والآخرُ يستضرُّ قَسَمَ بطلب المُنتفع)؛ لأنّه ينفعُه فاعتبر بطلبه، وإن طلب الآخر ذكر الكَرْخي رضي الله عنه: أنه لا يقسم؛ لأنّه متعنتٌ لا متظلِّم.

وذكر الحاكم رضي الله عنه[1] في «مختصره»: أنّه يقسم أيّهما طلب، وهو الأصحّ[2]، لأنّ الامتناع إنّما كان للضَّرر، ولا اعتبار للضَّرر مع الرِّضى، كما إذا اقتسما بأنفسهما.

---

(١) وهو محمد بن محمد بن أحمد المروزي بن الحاكم المَرْوَزِيّ السُّلَميّ البَلْخِيّ، أبو الفضل، الحاكم الشَّهيد، قال السمعاني: إمام أصحاب أبي حنيفة في عصره. ومن مؤلفاته: «المنتقى»، و«الكافي»، و«المختصر»، (ت ٣٣٤هـ). ينظر: الجواهر٣: ٣١٣-٣١٥، والفوائد ص٣٠٥-٣٠٦.

(٢) قال في «الهداية» و«شرح الزاهدي»: «الأصح ما ذكر في «الكتاب» »، وعليه مشى الإمام المحبوبي والبرهاني والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم، وفي «الصغرى» و«فتاوى قاضي خان»: «دار مشتركة... وإن طلب صاحب القليل وأبى صحاب الكثير

قال: (**ولا يُقْسَمُ الجَوْهَرُ والرَّقيقُ والحَمَّام والحائط والبئرُ بين دارين والرَّحى إلا بتراضيهم**)، وكذا كلُّ ما في قِسْمَتِهِ ضررٌ: كالبَيْتِ الصَّغيرِ والبابِ والخشبةِ والقميص، وقد تقدَّم ما فيه من التَّفصيل والرّوايات والتَّعليل، ولأنّه لا بُدّ في القِسْمةِ من التَّعديل، ولا يُمكن في البَعْض كالجَوْهَرِ والرَّقيقِ؛ لتفاوتهما.

وقالا: يقسمُ الرَّقيق؛ لأنّه جنسٌ واحدٌ كغيره من الحيوانِ وكرَقيق المغنم.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّهم بمنزلةِ أجناس مختلفة؛ لتفاوتهم في المعاني الباطِنةِ المَطْلوبة من الذَّكاء والعَقْل والهِداية إلى تعليم الحِرْف تَفاوتاً فاحشاً، وغيرُهم من الحيوان يقلُّ التَّفاوت بينهما عند اتحاد الجنس.

ألا تَرى أنّ الذَّكرَ والأُنثى جنسٌ واحدٌ في سائر الحيوانات، وهما

فكذلك، وعليه الفتوى، وهو اختيار شيخ الإسلام خواهر زاده، فهو يفرق بين هذا وبين البيت الصغير الذي لا ينتفع أحدهما بعد القسمة به».

قال ابن قطلوبغا في التصحيح ص٤٤٩: «وهذا يقتضي أن يكون ضاحب القليل ينتفع بنصيبه بعد القسمة، وهو أولى مما ذكر في «الكبرى» أن الفتوى على أن صاحب القليل الذي لا ينتفع به بعد القسمة يقسم بطلبه».

وفي التبيين٥: ٢٦٩: «الأصح ما ذكر الجصاص: إن طلب صاحب القيل أجابه القاضي؛ لأنَّ صاحبَ الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه، ولأنَّ القاضي يجب عليه إيصال الحقّ إلى مستحقِّه، وفي طلب صاحب الكثير ذلك، ولا يلزمه أن يجيبَهم إلى إضرار أنفسهم، وفي طلب صاحب القليل ذلك».

جنسان في بني آدم؛ ولأنّ المَقْصودَ من غيرهم من الحَيَوانات وما بينهما من التَّفاوت يُعْرَفُ بالظَّاهر والجَسِّ والرُّكوب والاختبار في يوم واحدٍ، بل في ساعةٍ واحدةٍ، ولا كذلك بنو آدم.

وأمّا رقيقُ المَغْنم، فإنَّ حَقَّ، فافترقا.

قال: (**ويُقْسَمُ كلُّ واحدٍ من الدُّور والأراضي والحوانيت وحدَه**)؛ لأنّها أجناسٌ مختلفةٌ نظراً إلىٰ اختلاف المقاصد، وإن كانت دورٌ مشتركةٌ في مصرٍ واحدٍ أو أراضٍ مُتَفَرِّقةٌ قَسَمَ كلَّ دارٍ وأرضٍ علىٰ حدتها عند أبي حنيفة ﵁.

وقالا: يَقْسِمُ بعضَها في بعض إن كان أَصلح؛ لأنّها جنسٌ واحدٌ صورةً ومعنىً، نظراً إلىٰ المقصود، وهو أصلُ السُّكنىٰ والزَّرع، وهي أَجناس معنىً نظراً إلىٰ وجوه السُّكنىٰ واختلاف الزَّرع، فكان مُفَوَّضاً إلىٰ نظر القاضي يَعْمَلُ ما يَتَرَجَّحُ عنده.

وله: أنّه لا يُمكنُ التَّعديلُ فيها؛ لكونها مختلفةً باختلافِ البُلدان والجوارِ والقُرْب من المسجدِ والماءِ والشِّرب وصلاحيَّتِها للزَّراعة اختلافاً بيّناً.

ولو كانت داران في مصرين قَسَمَ كلَّ واحدةٍ وحدها بالإجماع.

وعن محمَّد ﵁: لو كانت إحداهما بالرَّقة والأُخرىٰ بالبصرة قُسِمَت إحداهما في الأُخرىٰ.

قال: (**وتُقْسَمُ البيوتُ قِسْمَةً واحدةً**)، أمّا إذا كانت في دارٍ واحدةٍ؛ فلأنّ قسمةَ كلِّ بيتٍ بانفرادِه ضررٌ، وإن كانت في محلَّةٍ أو محالّ، فالتَّفاوت بينهما يسير؛ لأنّه لا تَفاوت في السُّكنىٰ.

والمَنازلُ إن كانت في دار واحدةٍ مُتلازقةٍ كالبُيوت، وإن كانت متفرِّقةٌ تُقْسَمُ كالدُّور سواء كانت في دار أو مَحَالٍّ؛ لأنّها تتفاوت في السُّكنى، لكن دون الدُّور، فكان لها شبهٌ بكلِّ واحدٍ منهما، فإذا كانت مُلْتَزِقةً أَلحقناها بالبُيوت، وإن كانت مُتباينةً بالدُّور.

وإذا قَسَم الدَّارَ تُقْسَمُ العَرْصةُ بالذِّراع والبناء بالقِيمة، ويجوز أن يُفَضِّلَ بعضَها على بعض تحقيقاً للمعادلة في الصُّورة والمعنى، أو في المعنى عند تَعَذُّرِ الصُّورة.

ولو اختلفا، فقال بعضُهم: نَجْعَلُ قيمةَ البناء بذراع من الأَرض، وقال الآخر: بالدَّراهم، فالأَوَّلُ أولى؛ لأنّه إنّما يَقْسِمُ الميراث، والدَّراهم ليست من الميراث، إلا إذا تَعَذَّرَ بأن تكون قيمةُ البناء أضعاف قيمة الأرض، أو يقعُ لأحدهما جميع البناء، فيَجْعَلُ القِسْمة في البناء على الدَّراهم؛ لأنّه ثَبَتَ له القِسمةُ، فيتعدَّى إلى ما لا يتأتى إلا به: كالأَخ ولايتُه على النِّكاح دون المال، وله تسميةُ الصَّداق؛ لما قُلنا، وهذا مرويٌّ عن مُحمّد ﷺ.

وعن أبي يوسف ﷺ: يُقْسَمُ الكلُّ باعتبار القيمة؛ لتَعَذُّر التَّعديل إلا بالقيمة.

وعن أبي حنيفة ﷺ: أنّه تُقْسَمُ الأرض بالمساحة على الأصل في الممسوحات، فمَن كان نصيبه أَجْودُ أو وَقَع له البناء يَرُدُّ على الآخر دراهمَ حتى يُساويه، فتَدْخُلُ الدَّراهم في القِسْمةِ ضرورةً كولاية الأَخ، وقولُ محمّد ﷺ أحسن وأوفق للأصول.

ولو اختلفوا في الطَّريق، فقال بعضُهم: نَرْفَعُ طريقاً بيننا وامتنع الآخر، فإن كان يستقيم لكلِّ واحدٍ طريقٌ في نصيبه قُسِم بينهم بغير طَريق، وإن كان لا يستقيم رُفِع بينهم طريقٌ ولا يُلْتَفَتُ إلى الممتنع؛ لأنّه تكميلُ المَنْفعة وتوفيرها، ويُجعلُ الطَّريق على عَرْض باب الدَّار؛ لأنّ الحاجةَ تَنْدَفِعُ به، وهو على ما كان عليه من الشَّركة[1]، وطريقُ الأرض قدر ما تمرُّ فيه البقرُ للحِراثة؛ لأنّه لا بُدّ من الزّرع.

ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها مُتَدَلِيّةٌ في نصيبِ الآخر، روى ابنُ رُسْتم[2] عن مُحمّد رضي الله عنه: له أن يجبرَه على قطعِها، وروى ابنُ سَماعة: لا يجبره؛ لأنّه استحقّ الشَّجرة بأغصانها، وعليه الفَتوى[3].

ولأحدِ الشَّريكين أن يجعل في نصيبه بئراً وبالوعةً وتَنُّوراً وحَمّاماً وإن كان يَضُرُّ بحائطِ جاره[4]، وله أن يَسُدَّ كُوَّةَ الآخر؛ لأنه يتصرَّفُ في خالص ملكه، فلا يكون مُتَعَدِّياً، وضررُ الجار حَصَل ضمناً فلا يُضْمَنُ.

---

(١) أي الطَّريق على سهام الشَّركاء، كما كان قبل الانقسام، كما في البناية١١: ٤٣٩.

(٢) وهو إبراهيم بن رستم المَرْوزيّ، أبوبكر، تفقه على محمد، وروى عن نوح الجامع، وسمع مالك، من مؤلفاته: «النوادر»، (ت٢١١هـ). ينظر: الفوائد ص٢٧.

(٣) وبه يفتى، كما في الدر المختار٦: ٢٦٨، وعليه الفتوى، كذا في «خزانة المفتين»، كما في الهندية٥: ٢٣٢.

(٤) ذكره في تحفة الفقهاء٣: ٢٨٣، وفي البدائع٧: ٢٨: «له أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعةً أو كرباساً، وإن كان يهي بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر

وكذلك لصاحبِ الحائطِ أن يفتح فيه باباً وإن تأذى جاره؛ لما ذكرنا، والكفُّ عمّا يؤذي الجار أحسن.

قال: (**ويَقْسِمُ سهمين من العلوِّ بسهمٍ من السُّفل**).

وعند أبي يوسف ﷺ: **سهمُ بسهم**.

وعند محمّد ﷺ: بالقيمة، وعليه الفتوى[1]؛ لأنّهما أجناسٌ بالنّظر إلى اختلاف المنافع، فإنّ السَّفل يصلح اصطبلاً ولحفر البئر والسِّرداب، ولا كذلك العُلو، وكذلك تختلف قيمتاهما باختلاف البُلدان، فلا يُمكن التَّعديل إلا بالقيمة.

ولهما: أنّ الأصلَ في المذروع أن يُقْسَمَ بالذَّرع، والمقصودُ الأَصلي السُّكنى، إلا أنّ أبا يوسف ﷺ قال: ذراع بذراع نظراً إلى ما هو المقصودُ، وهو

على التحويل، ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن؛ لأنّه لا صنع منه في ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه، إلا أن الكفَّ عمَّا يؤذي الجار أحسن، قال الله تبارك وتعالى {وَاعْبُدُواْ اللّهَ وَلاَ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا}[النساء: ٣٦] إلى قوله تعالى {وَالْجَارِ الْجُنُبِ}[النساء: ٣٦] خصّه سبحانه وتعالى بالأمر بالإحسان إليه، فلئن لا يحسن إليه، فلا أقل من أن يَكُفّ عنه أذاه».

(١) قال الإسبيجابي: والصحيح قول أبي حنيفة، قال ابن قطلوبغا في التصحيح: هذا الصحيح بالنسبة إلى قول أبي يوسف ﷺ، والمشايخ اختاروا قول محمد ﷺ، بل قال في «التحفة» و«البدائع»: والعمل في هذه المسألة على قول محمد ﷺ، قال في «الينابيع» و«الهداية» و«شرح الزاهدي» و«المحيط»: وعليه الفتوى اليوم، كما في اللباب٢: ٢٨٦.

السُّكْنى، وهما يستويان فيها، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يَفْعَلَ في نصيبِهِ ما لا يضرُّ بالآخر، والمنفعتان متماثلتان، فكما أنّ لصاحب السُّفْل حفرُ البئر والسِّرداب، لصاحب العلوِّ أن يبني فوقَ عُلْوِه ما لم يضرّ بالسّفل على أصل.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ منفعةَ السُّفل ضعفُ منفعةِ العُلْو؛ لأنّها تبقى بعد فوات العُلْو، وفي السُّفْل منفعةُ البناء والسُّكنى، وفي العُلْوِ السُّكنى لا غير، وليس له التَّعلِّي إلا بأمر صاحبه على أصله، فيُعْتَبُر ذراعين بذراع نظراً إلى اختلاف المَنْفَعة.

ثمّ قيل : أبو حنيفة رضي الله عنه بَنَى على أصلِه أنه ليس لصاحب العُلْو أن يبني على عُلْوِه إلا برضى صاحبِه، وعندهما: يجوز.

وقيل: أجاب على عادة أهل الكوفة في اختيارهم السُّفل على العُلْوِ.

قال: **(ولا تدخل الدَّراهم في القِسْمةِ إلا بتراضيهم)**؛ لأنّ القِسْمةَ في المشترك، ولا شركة في الدَّراهم، فإذا رضيا جاز[1]؛ لما بيّنا.

---

(١) أي أنّ القسمة تجري في المشترك، والمشترك بينهما العقار لا الدراهم، فإن أراد أحدهم أن يبذل في مقابلة البناء الدراهم لا يقبل إلا برضاء الآخر، وإنّما يجعل الذرع من الأرض بإزاء البناء، كما في الخلاصة.

فصل

(ينبغي للقاسم أن يَقْرَعَ بينهم، فمَن خَرَجَ اسمُه على سَهْم أَخَذَه)، وذلك بعدما يُصَوِّرُ ما يَقْسِمُه ويُعَدِّلُه على سِهام القِسْمة، ويَذْرَعُ السَّاحةَ ويُقَوِّمُ البناءَ لحاجتِه إلى مَعْرفةِ ذلك، ويُفْرِزُ كلَّ نصيبٍ بحقوقِهِ عن بقيّةِ الأَنْصِباء؛ ليتحقَّقَ معنى القِسْمة، ويُلَقِّبَ الأَنصباءَ بالأَوَّل والثَّاني والثَّالث، ثمّ يُخْرِجُ القُرْعةَ كما تقدَّم، ويَقْسِمُ على أقلِّ الأَنْصباء، فإن كان سُدُساً جعلها أسداساً، أو ثُمْناً فأثماناً؛ لأنّه إذا خَرَجَ أقلّ الأَنصباء خَرَجَ الأكثر[1]، ولا كذلك بالعَكْس.

---

(١) الأصل: أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثاً: أي جعل الدار أثلاثاً، بأن كانت الورثة ابناً وبنتاً، فكتب على القرعة اسمهما، ويسمى الثلث المعين من الأرض أوّلاً وما يليه ثانياً، والثلث الآخر آخراً، ويُقْرَع، فإن خرج اسم الابن أولا يأخذ الثلث الأول مع ما يليه، وتعين الثلث الآخر للبنت، ولو خرج سهم البنت أولاً تأخذ البنت بالثُّلث الأول، وتعين الثلثان الآخران للابن.

وإن كان الأقل سدساً مثل أن يكون في المسألة نصف وثلث وسدس من زوج وأم وأخ لأم يخرج الأرض على ستة، فمَن خرج اسمه أوّلاً يأخذ السَّهم الأول، فحسب إن كان صاحب سدس، ويأخذ ما يليه إن كان صاحب ثلث، ويأخذ من السهمين اللذين يلياه إن كان صاحب نصف، ثم يقرع ثانياً، ويفعل مع الآخرين، كما فعل مع الأول، كما في البحر١١: ٤٣١.

ولو عَيّن لكلِّ واحدٍ نصيباً جاز من غيرِ قُرعة؛ لأنّه في معنى القَضاء، فيصحُّ إلزامه.

أمّا القُرعةُ لتطييب النُّفوس ونفي التُّهمة والميل.

قال: (**وليس لأحدِهم الرُّجوع إذا قَسَمَ القاضي أو نائبه**)؛ لأنّها صَدَرَت عن ولايةٍ تامّةٍ، فلزمت كالقضاء، وكذلك ليس له ذلك إذا خَرَجَ بعضُ السِّهام، فكما لا يُلتفت إلى إبائه قبل القِسْمةِ لا يُلتفت إلى رجوعِه بعدها، وكذلك إذا حَصَلَ التَّراضي وبُيِّنت الحُدود؛ لأنّ المؤمنين عند شروطِهم.

وقيل: يصحّ رجوعُه إذا خرجَ بعضُ السِّهام إلا إذا بقي سهمٌ واحدٌ؛ لتَعَيُّنِه للباقي.

قال: (**فإن كان في نصيبِ أحدِهم مَسيلٌ أو طريقٌ لغيره لم يشرط، فإن أَمْكن صرفُه عنه صرفَه**) تحقيقاً لمعنى القِسْمة، وهو قَطْعُ الاشتراك، (**وإلا فُسِخَت القِسْمة**)؛ لاختلالها وتُستأنف؛ لأنّ المَقْصودَ تكميل المَنْفعةَ، ولا يتأتى ذلك إلا بالطَّريق والمَسيل.

قال: (**وإذا شهدوا عليهم، ثمّ ادّعى أحدُهم أنّ من نصيبِه شيئاً في يدِ صاحبه لم تُقْبَل إلا ببيِّنة**)؛ لأنّه مُدَّع، فإن لم يكن له بيِّنة استحلف شركاؤه، فمَن نَكَلَ جمع نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما؛ لأنّ النُّكولَ حُجّةً على ما عُرف.

وقيل: لا تُقْبَلُ دَعْواه للتَّناقض.

قال: (**وتُقْبَلُ شهادة القاسمين على ذلك**).

وقال مُحمّدٌ ﷺ: لا تُقبلُ؛ لأنّها شهادةٌ على فعلِهما.

ولهما: أنّهما شهدا بالاستيفاء، وهو فعلُ الغير، وبه تلزمُ القِسْمة فتُقْبَل، أمّا فعلُهما الإفراز، وهو غيرُ مُلزم، ولا حاجة إلى الشَّهادة عليه.

وعن مُحمّد ﷺ: مثل قولهما.

ومنهم مَن قال: إن كانت القِسْمةُ بأَجرٍ لا تُقبل؛ لأنّها دعوى إيفاء عمل استؤجرا عليه.

وجوابه: أنّ أجرتَهما وجبَت باتفاق الخصوم على إيفاء العمل، وهو التَّمييز، فلم تجر لهما مَغْنماً، فلا تُهْمة.

(**وإن قال: قَبَضْتُه ثمّ أَخَذَه مِنّي، فبيِّنُتُه أو يمينُ خصمِه**): كسائر الدَّعاوى،

(**وإن قال ذلك قبل الإشهاد، تحالفا وفُسِخَت القِسْمةُ**).

وكذلك إذا قال: لم يُسَلَّم إليّ بعضُ نَصيبي، وهو نظيرُ الاختلاف في قدر المبيع، وسنبين التَّحالف وأحكامه في كتاب الدَّعوى إن شاء الله تعالى.

قال: (**وإن اسْتُحِقّ بعضُ نصيب أحدِهم رَجَعَ في نصيبِ صاحبِه بقسطِهِ**) كما في البيع، هذا عند أبي حنيفة ﷺ.

وقال أبو يوسف ﷺ: تُفْسَخُ القِسْمةُ، وهو قولُ مُحمّد ﷺ في رواية أبي سليمان، ورَوَى أبو حفص ﷺ: أنّه مع أبي حنيفة ﷺ.

وقيل(١): الخلافُ في بعض شائع في نصيبِ أحدِهما، أمّا المُعيّن لا يُفْسَخُ بالإجماع.

ولو استحقَّ نصيبٌ شائعٌ في الكلِّ انفسخت بالإجماع.

لأبي يوسف ﵁: أنّ بالاستحقاقِ ظهر شريك ثالثٌ، ولا قسمة بدون رضاه.

والفقه فيه: أنّ باستحقاق الجزءِ الشَّائع يبطل معنى القسمة، وهو التَّميزُ والإفرازُ؛ لأنّه يرجع بجزءٍ شائعٍ في نصيبِ الآخر بخلاف المعيّن، وصار كاستحقاق الشَّائع في الكلّ.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ القِسْمةَ على هذا الوجهِ تجوز ابتداءً بأن يكون نصف الدَّار المُقَدَّم بينهما وبين ثالث، والمؤخر بينهما على الخصوص، فاقتسما على أنّ لأحدهما نصيبهما من المُقَدَّم ورُبْعَ المؤَخَّر، وللآخر ثلاثةُ أرباع المؤخر فإنّه يجوز، وإذا جاز ذلك ابتداءً جاز انتهاءً، فمعنى القِسْمة موجودٌ وصار

---

(١) قال في «الهداية» و«شرح الزاهدي»: ذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في «الأسرار»، والصحيح أنَّ الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأمّا في استحقاق بعض مُعَيَّن لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحقّ بعض شائع في الكلّ تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه، ولم يذكر قول محمد ﵁، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف ﵁، وأبو حفص مع أبي حنيفة ﵁، وهو الأصح، وهكذا ذكره الإسبيجابي، قال: والصحيح قولهما، وعليه مشى الامام المحبوبي والنسفي وغيرهما، تصحيح، كما في اللباب ٢: ٢٨٨.

كالجزء المُعيَّن، بخلاف الشَّائع في الكلّ؛ لأنّ القِسمةَ لو بقيت يتفرَّقُ نصيب المُستحقّ في الكلّ فيتضرَّر، ولا ضرر هنا فافترقا.

فصل

(المهايأة جائزةٌ استحساناً).

والقياس: يأبى جَوازها؛ لأنّها مُبادلةُ المَنْفعة بجنسها نسيئةً لتأخر حقّ أحدهما، إلا أنّا استحسنا الجَواز؛ لقوله تعالى: {لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُوم}[الشعراء: ١٥٥]؛ ولأنّ المَنافع تُستحقّ بعوضٍ وغيرِ عوض كالأعيان، والقِسْمةُ تجوز في الأعيان، فتَجوز في المَنافع، وهي مُبادلةٌ معنى إفرازٌ صورةً، حتى تجري في الأعيان المُتفاوتة كالدَّور والعبيد دون.

ويُجبرُ الممتنعُ إذا لم يكن الطَّالبُ مُتعنتاً، وليست كالإجارة؛ لأنّ المَنْفعةَ تُستحقُّ هنا بالملك، ومعنى المعاوضة تَبَعٌ، ولهذا لا تشترط فيها المدّة، وفي الإجارة بالعقد، ولهذا يُشترط ذكر المدّة؛ لأنّه لا يُعْلَمُ قدرُ ما يستحقُّه من المَنْفعة إلا بذكرها، وليست كالعارية لما بَيَّنّا.

قال: **(ولا تبطلُ بموتِهما ولا بموتِ أحدِهما)**؛ لأنا نحتاج إلى إعادتِها بطلب الوارثين أو أحدهما، بخلاف الإجارةِ والعارية.

قال: **(ولو طَلَبَ أحدُهما القِسْمة بَطَلَتْ)** المهايأة، معناه فيما يحتمل القِسْمة؛ لأنّ القسمةَ أقوى في استعمال المنفعة.

ولو طَلَبَ أحدُهما القِسْمةَ والآخرُ المهايأةَ قَسَمَ؛ لما بيّنا، وبل أولى.

قال: (**وتجوز في دارٍ واحدةٍ بأن يَسكنَ كلٌّ منهما طائفةً، أو أحدُهما عْلُوها والآخر سُفْلُها**)؛ لأنّ القِسْمةَ على هذا الوجه جائزةٌ، فكذا المهايأة؛ لأنّ المَنفعةَ غيرُ مختلفة، وبيان المكان يقطع المنازعة، وهذه إفرازٌ للنَّصيب وليست مُبادلة.

(**ولكلِّ واحدٍ منهما إجارةُ ما أَصابه وأَخْذُ غَلَّته**)؛ لأنّها قِسْمةُ المَنافع، وقد مَلَكَها، فله استغلالها، وشَرَطَ بعضُهم في جَواز الاستغلال أن يشرطَه في العقد كالعارية، وليس بشيءٍ، وجوابُه ما مرّ.

ولو تَهايَآ في دارين على أن يَسْكُن كلُّ واحدٍ داراً جاز جَبْراً واختياراً، وهذا عندهما ظاهرٌ اعتباراً بقسمةِ الأصل، أمّا عنده قيل: لا يجبر كما في القِسْمة، وقيل: لا يجوز أَصْلاً؛ لأنّه بيعُ السُّكنى بالسُّكنى، بخلاف القِسْمة؛ لأنّه بيعٌ بعض أحدِهما ببعض الأُخرى وأنّه جائزٌ، وقيل: يجوز مُطلقاً؛ لقلَّة التَّفاوت في المنافع ويكون إفرازاً.

قال: (**وتجوز في عبدٍ واحدٍ يخدم هذا يوماً وهذا يوماً، وكذا في البيتِ الصَّغير**)؛ لأنّ المهايأة تكون في الزَّمان والمكان استيفاءً للمنفعة بقدر الإمكان، وقد تعذَّر المكان، فيتعيَّن الزَّمان.

قال: (**وفي عبدين يخدم كلّ واحدٍ واحداً**)، ولا إشكال على أصلِهما؛ لأنّ عندهما تجوز قسمة الرَّقيق جبراً واختياراً فكذا منفعتهم، وأمّا عند أبي حنيفة فالقياسُ على عدم جَواز القِسْمة يمنع الجَواز، لكن الصَّحيح الجَواز؛ لقلّة التَّفاوت في الخدمة، ولا كذلك في الأعيان؛ لما مَرّ.

قال: (**فإن شرطا طَعام العبد على مَن يخدمه جاز، وفي الكسوة لا يجوز**)؛ لأنّ العادة جرَّت بالمسامحة في الطَّعام دون الكُسوة، ولقلّة التَّفاوت في الطَّعام وكثرتها في الكُسوة، فإن وَقَّتا شيئاً من الكُسوة معروفاً جاز استحساناً؛ لأنّ عند ذكر الوَصْف ينعدم التَّفاوت أو يَقِل.

قال: (**ولا تجوز في غلّة عبدٍ ولا عبدين**).

وقالا: تجوزُ في العَبْدين؛ لأنّ الغلّةَ بدلُ المنفعة فتجوز كالمَنْفعة، ولأنّ التَّفاوت في استغلالِ العبدين إذا استويا في الحرفةِ والمنفعةِ قليلٌ.

وقيل: هذا بناءً على اختلافهم في القِسْمة، ولهذا لا تجوز في الواحد إجماعاً.

وله: أنّ الأُجرة تجب بالعَمل حتى لو سلمه ولم يعمل لا أجر له، فكان فيه خطر؛ ولأنّه رُبَّما لا يجد مَن يستأجره فلا تقع المعادلة، والتَّفاوتُ بينهما فاحشٌ؛ لتفاوتهما في الأمانة والحذاقة والهداية إلى العمل، فتكون أُجرتُه أكثر من الآخر فلا توجد المعادلة.

وعلى هذا الخلاف غلَّة الدَّابَّتين.

ولا تجوز في العبدِ الواحدِ، ولا في الدَّابّة الواحدة، وتجوز في الدَّار الواحدة.

والفرق أنّ أحدَ النَّصيبين مُقدَّمٌ على الآخر في الاستيفاء، والاعتدالُ ثابتٌ وقتَ المُهايأة، والظَّاهرُ بقاؤه في العَقار دون الحَيوان؛ لتوالي أسباب التَّغيير عليه دون العَقار، فتَفُوتُ المُعادلةُ فيه.

(ولا) تجوزُ **(في ركوبِ دابّةٍ ولا دابّتين)**؛ لأنّ الرُّكوبَ يختلف باختلاف الرّاكب؛ لأنّ منهم الحاذق والجاهل، فلا تحصل المعادلة، بخلاف العبد، فإنّه يخدم باختياره، فلا يَتَحَمَّل فوقَ طاقته، وهذه العِلّة في استغلال الدَّوابّ أيضاً.

قال: **(ولا)** تجوز **(في ثمرةِ الشَّجر، ولا في لبن الغَنم وأولادها)**؛ لأنّ المهايأةَ قسمةُ المنافع، وفي هذا تستحقّ الأعيان، وما يحصل من ذلك يَتَفاوت، ولا تجوز قسمةُ الأعيان إلا بالتَّعديل، ولأنّ قسمةَ المنافع قبل وجودها ضرورية؛ لأنّه لا يُمكن قسمتُها بعد الوجودِ، ولا ضرورة في الأعيان.

قال: **(وتجوز في عبدٍ ودارٍ على السُّكنى والخدمة)**؛ لأنّ المقصودَ منهما يجوز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى.

قال: **(وكذلك كلُّ مختلفي المنفعة)**: كسُكنى الدَّار وزَرع الأَرض، وكذا الحَمّام والدَّار؛ لأنّ كلَّ واحدٍ من المنفعتين يجوز استحقاقُها بالمهايأة ، والله أعلم .

كتاب أدب القاضي

الأدبُ: هو التَّخلُّقُ بالأَخلاق الجميلة والخِصال الحَميدة في معاشرةِ النَّاس ومعاملتِهم.

وأدبُ القاضي: التزامُه لما نَدَبَ إليه الشَّرعُ من بَسْطِ العَدْل، ورَفْعِ الظُّلْم، وتركِ الميل، والمحافظةِ على حدودِ الشَّرع، والجري على سَنَن السُّنّة على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

والقَضاءُ في اللُّغة[1] له معان:

١. يكون بمعنى الإلزام، قال الله تعالى: {وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ} [الإسراء: ٢٣].

٢. وبمعنى الإخبار، قال الله تعالى: {وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ} [الإسراء: ٤].

---

(١) القضاء لغةً: إحكام أمرٍ وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال جَلَّ جَلالُه: {فقضاهن سبع موات في يومين} فصلت: ١٢، والقضاء: الحكم، قال جَلَّ جَلالُه: {فاقض ما أنت قاض} طه: ٧٢: أي اصنع واحكم؛ ولذلك يحكم الأحكام وينفذها، وسميت المنية قضاءً؛ لأَنَّه أمرٌ ينفذ في ابنِ آدم وغيرِه مِنَ الخلق، كما في معجم مقاييس اللغة٤: ٩٩.

٣.وبمعنى الفَراغ، قال الله تعالى: {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ} [الجمعة: ١٠].

٤.وبمعنى التَّقدير، يُقال: قضى الحاكم النَّفقةَ: أي قدَّرها.

ويُستعمل في إقامةِ شيءٍ مقام غيره، يُقال: قَضَى فلانٌ دينَه: أي أقامَ ما دفعَه إليه مقام ما كان في ذِمَّتِه.

وفي الشَّرع: قولٌ ملزمٌ يصدرُ عن ولايةٍ عامّة[1].

وفيه معنى اللُّغة، فكأنّه أَلْزَمَه بالحُكْمِ وأَخْبَرَهُ به، وفَرَغَ من الحكم بينهما أو فَرَغا من الخُصومة، وقَدَّرَ ما كان عليه وما له، وأقامَ قضاءَه مَقامَ صُلْحِهما وتَراضيهما؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما قاطِعٌ للخُصُومة.

اعلم أنّ (**القَضاءَ بالحقِّ من أَقْوى الفَرائضِ وأشرفِ العِبادات**)، وما من نبيٍّ من الأَنبياء إلا وأَمَره اللهُ تعالى بالقَضاء، وأَثْبَتَ لآدم اسم الخَليفة، وقال لنَبيِّنا ﷺ: {وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ} [المائدة: ٤٩]، وقال لداود عليه السلام: {فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ} [ص: ٢٦].

---

(١) وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٨٦) أنَّه: «عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها، وهو على قسمين:
القسم الأول: هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام: كقوله: حكمت، أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك، ويقال له: قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق.
والقسم الثاني: هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام: كقوله: ليس لك حقّ، أو أنت ممنوع عن المنازعة، ويقال لهذا: قضاء الترك».

ولأنّ فيه الأمرَ بالمعروف والنّهي عن المنكر، وإظهارَ الحقّ، وإنصافَ المظلوم من الظَّالِم، وإيصالَ الحقّ إلى مستحقّه(١)، ولأجل هذه الأشياء شَرَعَ الله تعالى الشَّرائع، وأَرْسَلَ الرُّسل عليهم الصلاة والسَّلام.

والقَضاءُ على خمسةِ أَوْجه:

١. واجبٌ(٢): وهو أنّ يَتَعَيَّنَ له، ولا يوجد مَن يَصْلُحُ غيرُه؛ لأنّه إذا لم يفعلْ أدَّى إلى تضييع الحُكْم، فيكون قَبوله أَمراً بالمَعْروف ونَهْياً عن المُنكر، وإنصاف المظلومين من الظَّالمين، وأنّه فرضُ كفاية(٣).

٢. ومُسْتحبٌّ(٤): وهو أن يوجد مَن يَصْلُح، لكن هو أَصْلَحُ وأَقْوَمُ به.

---

(١) فكلُّ ذلك مِنَ الصفات الحميدة يميل إليها كلّ لبيب، ومحاسنُه لا تخفى على أحد، ولولا ذلك لفسدت البلاد والعباد، كما في التبيين٤: ١٧٦.

(٢) وهو إذا كان من أهل العلم والعدالة، ولا يكون هناك قاض، أو يكون ولكن لا تحل ولايته، أو ليس في البلد من يصلح للقضاء غيره، أو لكونه إن لم يلِ القضاء وليه مَن لا تَحِلّ ولايتُه، أو إن كان القضاء بيد مَن لا يحلّ بقاؤه عليه ولا سبيل إلى عزله إلا بتصدي هذا إلى الولاية، فيتعيّن عليه التصدّي لذلك، والسعي فيه إذا قصد بطلبه حفظ الحقوق، وجريان الأحكام على وفق الشرع؛ لأنَّ في تحصيله القيام بفرض الكفاية، كما في معين الحكام ص١٠.

(٣) فلا يتعيّن على أحدٍ إلا أن لا يوجد عنه بديلٌ يتولّاه، وقد اجتمعت فيه شرائط القضاء، فيُجبر عليه، كما في معين الحكام ص٧.

(٤) وهو إذا كان هناك عالِم خَفِيَ علمه عن الناس، فأراد الإمام أن يشهرَه بولاية القضاء؛ ليعلم الجاهل ويفتي المسترشد، أو كان هو خامل الذكر لا يعرفه الإمامُ ولا

٣.ومُخَيَّرٌ فيه[(١)]: وهو أن يستوي هو وغيرُه في الصَّلاحيّة والقِيام به، فهو مخيَّرٌ إن شاء قَبِلَه، وإن شاء لا.

٤.ومَكروهٌ[(٢)]: وهو أن يكون صالحاً للقَضاء، لكنّ غيرَه أَقْوَمُ به وأَصْلَحُ.

٥.وحَرامٌ[(٣)]: وهو أن يَعْلَمَ من نفسِهِ العَجْزَ عنه، وعدمَ الإنصافِ فيه؛ لما يَعْلَمُ من باطِنه من اتِّباع الهَوَىٰ ما لا يَعرفونَه، فيَحْرُمُ عليه.

الناس، فأراد السعي في القضاء؛ ليعرف موضع علمه، فيستحبّ له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية، كما في معين الحكام ص١٠.

(١) أي مباح: وهو أن يكون فقيراً وله عيال، فيجوز له السعي في تحصيله؛ ليسد خلته، أو كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه، كما في معين الحكام ص١٠.

(٢) وهو أن يكون سعيه في طلب القضاء؛ لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس، فهذا يكره له السعي، ولو قيل: إنَّه يحرم كان وجهه ظاهراً؛ لقوله ﷻ: {تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادا والعاقبة للمتقين} القصص: ٨٣، أو إن كان غنياً عن أخذ الرزق على القضاء، وكان مشهوراً لا يحتاج أن يشهر نفسه وعلمه بالقضاء، كما في معين الحكام ص١٠.

(٣) وهو أن يسعى في طلب القضاء، وهو جاهل ليس له أهلية القضاء، أو يسعى فيه وهو من أهل العلم لكنَّه متلبس بما يوجب فسقه، أو كان قصده بالولاية الانتقام من أعدائه، أو قَبول الرشوة من الخصوم وما أشبه ذلك من المقاصد، فهذا يحرم عليه السعي في القضاء، كما في معين الحكام ص١٠.

ويكون رزقُه وكفايتُه وكفايةُ أهله وأعوانه ومَن يَمُونُهم من بيتِ المال؛ لأنّه محبوسٌ لحقِّ العامّة، فلولا الكِفايةُ رُبّما طَمِعَ في أَمْوال النّاس، ولهذا قالوا: يُسْتَحَبُّ للإمام أن يُقلِّدَ القضاء مَن له ثروةٌ؛ لئلا يَطْمَعَ في أموال النّاس وإن تنزّه فهو أفضل.

«وأبو بكر الصَّديق ﷺ لمّا ولي الخلافة خَرَجَ إلى السُّوق ليكتسب، فَرَدَّه عُمَرُ ﷺ»[1]، ثمّ «أجمعوا على أن جَعَلوا له كلَّ يوم درهمين»[2]، و«كان عنده عباءةٌ قد اشتراها من رِزْقِه، فَلَمّا حَضَرَته الوَفاة قال لعائشة رضي الله عنها أعطيها لعُمرَ لِيَرُدَّها إلى بيت المال»[3]، فدَلَّ على أنّه إذا استغنى لا يأخذ، وهو المُختار.

---

(١) في فتح الباري٤: ٣٠٥: «روى بن سعد بإسناد مرسل رجاله ثقات، قال: لما استخلف أبو بكر ﷺ أصبح غادياً إلى السّوق على رأسه أثواب يتجر بها، فلقيه عمر بن الخطاب وأبو عبيدة بن الجراح ﷺ، فقال: كيف تصنع هذا، وقد وليت أمر المسلمين، قال: فمِن أين أطعم عيالي، قالوا: نفرض لك، ففرضوا له كلّ يوم شطر شاة». وينظر: إرشاد الساري٤: ١٩، وكشف المشكل١: ٤٣.

(٢) روى ابن سعد بسند صحيح إلى ميمون الجزري: «لما استخلف أبو بكر ﷺ جعلوا له ألفين، فقال: زيدوني، فإن لي عيال، ولقد شغلتموني عن التجارة، فزادوه خمسمائة، قال: إما كانت ألفين فزادوه خمسمائة أو كانت ألفين وخمسمائة، فزادوه خمسمائة»، كما الإخبار٢: ٢٠١، والدراية٢: ٢٤٣.

(٣) فعن الحسن بن علي ﷺ، قال: «لما احتضر أبو بكر ﷺ، قال: يا عائشة انظري اللقحة التي كنا نشرب من لبنها، والجفنة التي كنا نصطبح فيها، والقطيفة التي كنا

قال: (**والأَولى أن يكون القاضي مُجْتَهداً**)[١]؛ لأنّ الحادثَةَ إذا وَقَعَت يجب طلبُها من الكتاب، ثمّ من السُّنة، ثمّ من الإجماع، فإن لم يوجد في شيءٍ من ذلك استعمل الرّأي والاجتهاد، ويشهد له حديث مُعاذ رضي الله عنه حين بعثه رسول الله ﷺ إلى اليمن وولاه الحكم بها، فقال له: «كيف تصنع إن عَرَضَ لك حكمٌ؟ قال: أَقضي بما في كِتابِ الله، قال: فإن لم تَجِدْ؟ قال: فبسُنّة رسول الله، قال: فإن لم تَجِدْ؟ قال: أَجتهد برأيي، فقال ﷺ: الحمدُ لله الذي وَفَّقَ رسولَ رسولِ الله لما يَرْضَي الله ورسولُه»[٢].

نلبسها، فإنا كنا ننتفع بذلك حين كنا في أمر المسلمين، فإذا مت فارديه إلى عُمر، فلمّا مات أبو بكر رضي الله عنه، أرسلت به إلى عُمر رضي الله عنه، فقال عمر رضي الله عنه: رضي الله عنك يا أبا بكر لقد أَتْعَبْتَ مَن جاء بعدك» في المعجم الكبير١: ٦٠، وسنده رجاله ثقات، كما في الإخبار٢: ٢٠٢.

(١) المقصود هاهنا هو المجتهد المطلق، وهذا ما كان في زمن أبي حنيفة رضي الله عنه، والمتون وضعت لنقل قوله، فحافظت على هذا الترتيب، وإن لم يكن معتبراً فيما بعد عندما استقرّ الفقه، وأصبحاً علماً متكاملاً، فمن أراد تولي القضاء والإفتاء يجب أن يكون أهله ضابطاً لمسائله وما يتعلق به، قال الكاساني في البدائع٧: ٢: «من شرائط الفضيلة والكمال: أن يكون القاضي عالماً بالحلال والحرام وسائر الأحكام، قد بلغ في علمه ذلك حدّ الاجتهاد، عالماً بمعاشرة الناس ومعاملتهم، عدلاً ورعاً، عفيفاً عن التهمة، صائن النفس عن الطمع؛ لأنَّ القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، فإذا كان المُقَّلد بهذه الصِّفات، فالظَّاهر أنَّه لا يقضي إلا بالحقّ».

(٢) فعن معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما أوفده ﷺ إلى اليمن ليكون قاضياً هناك قال له ﷺ:

«بمَ تقضي يا معاذ؟ قال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنَّة رسوله، قال: فإن لم تجد؟ قال: اجتهدُ فيه برأيي، فقال رسول الله ﷺ: الحمدُ لله الذي وفَّق رسولَ رسولِه بما يرضى به رسوله» في سنن أبي داود٣: ٣١٣ وسنن الترمذي٣: ٦١٦ وأشار إلى ضعفه وله شواهد موقوفة عن عمر وبن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس أخرجهما البيهقي في سننه الكبير١٠: ١١٤ عقيب تخريج هذا الحديث تقوية له. كذا في مرقاة الصعود شرح سنن أبي داود للسيوطي. وقال الخطيب في الفقيه والمتفقه١: ١٨٨: «إن أهل العلم قد تقبلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم كما وقفنا على صحة قول رسول الله ﷺ: «لا وصية لوارث»، وقوله ﷺ في البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»، وقوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة تحالفا وترادا»، وقوله ﷺ: «الدية على العاقل»، وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد لكن لما تلقتها الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها فكذلك حديث معاذ لما احتجوا به جميعاً غنوا عن طلب الإسناد له. وتمامه في هامش: الحدود والأحكام الفقهية ص٨٢-٨٣، وفقه أهل العراق وحديثهم ص٢٩٠.

ورسالة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، قال فيه: «الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في القرآن والسنة فتعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك واعمد إلى أحبّها إلى الله وأشبهها فيما ترى» في سنن البيهقي الكبير١٠: ١١٥، وسنن الدَّارَقُطْنِي٤: ٢٠٦، ٢٠٧.

وعن ابن مسعود رضي الله عنه: «فمَن عرض له منكم قضاء بعد اليوم، فليقض بما في كتاب الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله، فليقض بما قضى به نبيه ﷺ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه ﷺ، فليقض بما قضى به الصالحون» في السنن الكبرى للنسائي٣: ٤٦٩، وقال: هذا الحديث جيد جيد، والمجتبى٨: ٢٣٠.

وإنّما لم يَذكر الإجماع؛ لأنّه لا إجماع مع وجودِه ﷺ؛ لأنّه بمنزلة القياس مع النَصِّ بعده ﷺ.

قال: (**فإن لم يوجَدْ، فيجبُ أن يكونَ من أَهْلِ الشَّهادة مَوْثوقاً به في دينِهِ وأمانتِهِ وعقلِهِ وفَهْمِهِ، عالماً بالفقه والسُّنّة، وكذلك المُفتي**).

أمّا أهليّة الشَّهادة[1]؛ فلأنّها من بابِ الولاية، والقَضاءُ أقوى وأَعَمُّ ولايةً، وكلُّ مَن كان من أَهْل الشَّهادة كان من أَهْل القَضاء، ومَن لا فلا.

ولا تجوز ولايةُ الصَّبيِّ والمجنونِ والعبدِ؛ لأنّ لا ولايةَ لهم.

ولا الأَعْمى؛ لأنّه ليس من أَهْل الشَّهادة، ولوجودِ الالتباس عليه في الصُّوتِ وغيرِه.

وعن الشعبي: «أن عمرَ رضي الله عنه كتب إلى شريح إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ولا يغلبنك عليه الرجال، وإذا جاءك ما ليس في كتاب الله جل جلاله فانظر في سنة رسول الله ﷺ فاقض بها» في سنن الدارمي١: ٧١، ومصنف بن أبي شَيْبَةَ ٤: ٥٤٣، وسنن البيهقي الكبير١٠: ١١٠.، وقال المقدسي في الأحاديث المختارة١: ٢٣٩: «إسناده صحيح».

وعن ابن عبّاس رضي الله عنهما: «إذا سئل عن شيءٍ هو في كتاب الله قال به، وإذا لم يكن في كتاب الله وقاله رسول ﷺ قال به» في سنن البيهقي الكبير١٠: ١١٥.

(١) وهي العقل والبلوغ والإسلام والحرية والبصر والنطق والسلامة عن حدّ القذف؛ لأنَّ القضاء من باب الولاية، بل هو أعظم الولايات، ومَن فقد هذه فليس من أهل الولاية أدنى الولايات وهي الشَّهادة، فلأن لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى، كما في البدائع٧: ٢.

والأُطْرُوشُ[١] يجوز؛ لأنّه يَفَرِّقُ بين المدَّعي والمدَّعى عليه، ويُمَيِّزُ بين الخصوم، وقيل: لا يجوز؛ لأنّه لا يَسْمَعُ الإقرار، فرُبَّما يُنكر إذا استعاده، فتضيع حقوق النَّاس.

والفاسقُ[٢] يجوز قَضاؤه كما تجوز شهادتُه، ولا يَنْبَغي أن يُولّى كما لا يَنْبَغي أن يُعْمل بشَهادتِه، وفي «النَّوادر»: عن أصحابنا: أنّه لا يجوز قَضاؤه.

---

(١) تولية الأطروش الأصحُ جوازها، وفسَّره الزيلعي بأن يسمع ما قوي من الأصوات، والأصمُّ بخلافه، وهو مَن لا يَسْمَعُ ألبتة، وفي «القاموس»: قوم طرش والأطروش الأصم، وظاهرُ كلامهم أن مَن لا تُقْبَلُ شهادتُه لم يصحّ قضاؤه، كما في البحر٦: ٢٣٨.

(٢) الفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشَّهادة، إلا أنَّه لا ينبغي أن يقلَّد، ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل، ويستحقّ العزل، وإذا أخذ القضاء بالرَّشوة لا يصير قاضياً، وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى، وقال بعض مشايخنا: إذا قُلِّد الفاسق ابتداءً يصحّ، ولو قُلِّد وهو عدل ينعزل بالفسق؛ لأنَّ المقلِّد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً دونها، وعن علمائنا الثلاثة في النوادر: أنَّ الفاسقَ لا يصلح قاضياً، والظاهر هو الأوّل، وأنَّ العدالةَ شرطُ الأولوية، كما في الكنز والتبيين٤: ١٧٥.

وأقسام الرشوة في القضاء أربعة:

١. الرَّشوة على تقليد القضاء والإمارة، وهي حرامٌ على الآخذ والمعطي.

٢. ارتشاء القاضي؛ ليحكم، وهي حرامٌ ولو القضاء بحقّ؛ لأنَّه واجب عليه.

٣. أخذ المال؛ ليسوي أَمره عند السُّلطانِ دفعاً للضرر أو جلباً للنفع، وهو حرام على

ولو فَسَقَ بعد الولايةِ استَحَقَّ العَزْل ولا يَنْعَزل، وقيل: يَنْعَزِلُ؛ لأنّ الذي ولَّاه ما رَضِي به إلا عَدْلاً.

ويشترطُ دينُه وأمانتُه؛ لأنّه يتصرَّفُ في أموال النَّاس ودمائهم ولا يوثق على ذلك مَن لا أمانة له.

وكذلك العَقل؛ لأنّه الأَصلُ في الأُمور الدَّينيّة.

وأمّا الفَهم؛ فلتفهم معاني الكتاب والحديث وما يَرِدُ عليه من القضايا والدَّعاوى وكتب القضاة وغير ذلك.

وأمّا العلم بالفقه والسُّنّة؛ فلأنّه إذا لم يعلم بذلك لا يقدر على القضاء، ولا يعلم كيف يقضي.

وعن أبي يوسف ﵁: لأنّ يكون القاضي ورعاً أحبُّ إليّ من أن يكون مجتهداً.

وقال: إذا كان عالماً بالفرائض يكفي في جواز القضاء.

الآخذ فقط، وحيلة حلها: أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين، فتصير منافعه مملوكة، ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني.

٤. ما يدفع؛ لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه أو ماله، حلالٌ للدافع حرام على الآخذ؛ لأنَّ دفع الضَّرر عن المسلم واجب، ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب، كما في رد المحتار ٥: ٣٦٢.

وقيل: يجوزُ تقليدُ الجاهل[١]؛ لأنّه يقدر على القضاء بالاستفتاء، والأَوْلى أن يكون عالماً، قال ﷺ: «مَن قلَّد إنساناً عملاً، وفي رعيَّتِهِ مَن هو أولى منه، فقد خان اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»[٢].

وكذلك المفتي؛ لأنّ النَّاس يَرْجِعون إلى فتواه في حوادِثِهم، ويَقْتَدون به، ويعتمدون على قوله، فينبغي أن يكون بهذه الأوصاف.

والفاسقُ لا يصلح أن يكون مُفتياً[٣]؛ لأنّه لا يُقْبَلُ قولُه في أَخْبار الدِّيانات.

وقيل[٤]: يَصْلُحُ؛ لأنّه يَتَحَرَّزُ؛ لئلا يُنْسَبُ إلى الخَطأ.

---

(١) في البدائع٧: ٢: «العلمُ بالحلال والحرام وسائر الأحكام ليس بشرطِ الجَواز في الإمام الأعظم؛ لأنَّه يُمكنه أن يقضي بعلم غيره بالرُّجوع إلى فتوى غيره من العلماء، فكذا في القاضي، لكن مع هذا لا ينبغي أن يُقلَّدَ الجاهل بالأحكام؛ لأنَّ الجاهلَ بنفسِهِ ما يفسد أكثر ممّا يصلح، بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به».

(٢) فعن ابن عباس ﭫ، قال ﷺ: «مَن استعمل رجلاً من عصابةٍ، وفي تلك العصابة مَن هو أرضى لله منه، فقد خان الله وخان رسوله وخان المؤمنين» في المستدرك٤: ١٠٤، وصححه.

(٣) اختاره كثير من المتأخرين، وجزم به صاحب «المجمع» في متنه، وله في شرحه عبارات بليغة، وهو قول الأئمة الثلاثة أيضاً وظاهر ما في «التحرير» أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقاً، كما في الدر المختار٥: ٣٥٩.

(٤) وبه جزم في «الكنز»، كما في الدر المختار٥: ٣٥٩.

قال: (**ولا يَطْلُبُ الوِلاية**)[(١)]؛ لقوله ﷺ لعبد الرَّحمن بنِ سَمُرَة رضي الله عنه: «يا عبد الرَّحمن لا تسأل الوِلاية، فإنّك إن سَألتها وُكِّلْتَ إليها، وإن أُعطيتها أُعِنْتَ عليها»[(٢)]، وقال ﷺ: «مَن طَلَبَ عَمَلاً فقد غَلَّ[(٣)]»[(٤)]، وعن عُمر رضي الله عنه: «ما

---

(١) أي لا يطلبها بقلبه ولا يسألها بلسانه، وفي الينابيع: الطلب أن يقول للإمام: ولِّني، والسؤال أن يقول للناس: لو ولاّني الإمام قضاء مدينة كذا لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغَ ذلك إلى الإمام فيقلِّده القضاء، وكلُّ ذلك مكروه، كما في الجوهرة٢: ٢٤١.

(٢) فعن عبد الرحمن بن سَمُرة رضي الله عنه، قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن بن سمرة، لا تسأل الإمارة، فإنَّك إن أُعطيتها عن مسألة وكِّلتَ إليها، وإن أُعطيتها عن غير مسألة أُعنت عليها» في صحيح مسلم ٣: ١٢٧٣، وصحيح البخاري ٩: ٦٣.

والذي قاله العبّاس رضي الله عنه: يا رسول الله، أَمِّرني على بعض ما ولاك الله، فقال النبي ﷺ: «يا عباس، يا عم رسول الله، نفس تنجيها خير من إمارة لا تحصيها» في السنن الكبير للبيهقي ١٠: ١٦٤، وقال: «هذا هو المحفوظ مرسل»، ومصنف ابن أبي شيبة ١٧: ٣٧٢.

(٣) من الإغلال، وهو الخيانة، كما في المغرب١: ٣٤٤.

(٤) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن طَلَبَ قَضاء المسلمين حتى يناله، ثم غلَبَ عدلُه جورَه، فله الجنّة، ومن غلَبَ جورُه عدلَه، فله النار» في سنن أبي داود٣: ٢٩٩.

وعن عدي بن عدي الكندي قال: بينا أبو الدرداء يوماً يسير شاذاً من الجيش إذ لقيه رجلان شاذان من الجيش، فقال: يا هذان، إنّه لم يكن ثلاثة في مثل هذا المكان إلا أَمروا عليهم، فليتأمر أحدُكم، قالا: أنت يا أبا الدرداء، قال: بل أنتما، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من والي ثلاثة إلا لقي الله مغلولة يمينه فكَّه عدلُه، أو غَلَّه جورُه» في صحيح ابن حبان١٠: ٣٨٣، والمعجم الأوسط١: ٢٠٥.

عَدَلَ مَن طَلَبَ القَضاء»[١].

قال: (**ويُكره الدُّخول فيه لَمَن يَخاف العَجْز عن القِيام به**)[٢]؛ لما فيه من المحذور.

وقيل: يُكره الدُّخول لَمَن يدخله مُخْتاراً؛ لقوله ﷺ: «مَن وَلِيَ القَضاء فكأنَّما ذُبِحَ بغير سِكين»[٣]، ....

---

(١) فعن أنس رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن سأل القضاء وُكِّلَ إلى نفسه، ومَن أُجْبِرَ عليه ينزل إليه مَلَك يسدِّده» في سنن الترمذي٣: ٦١٣، وسنن أبي داود٣: ٢٩٩، والمستدرك٤: ١٠١، وصححه.

(٢) فمَن خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه، كره له الدخول فيه؛ كيلا يصير الدخول فيه شرطاً: أي وسيلةً إلى مباشرةِ القبيح، وهو الحيف في القضاء، وإنَّما عَبَّر بلفظ الشَّرط؛ لأنَّ أَكثرَ ما يقع من الحيف إنَّما هو بالميلِ إلى حطام الدُّنيا بأَخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين، مثل أن يقول: لي على فلان أو له عليَّ مطالبة بكذا فإن قَضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا أنفسهم أو خافوا عليها، كما في العناية٧: ٢٦١.

(٣) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن ولي القضاء، أو جعل قاضياً بين الناس، فقد ذبح بغير سكين» في سنن الترمذي ٣: ٦٠٦، وسنن أبي داود ٣: ٢٩٨، وهذا إشارةٌ إلى أنَّ الطالب لا يوفق لإصابة الحق، والمجبر عليه يوفق، كما في البدائع٧: ٢؛ لذلك يكره تحريماً السؤال بتولي القضاء؛ فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنَّكم ستحرصون على

قيل[1]: مَعناه إذا طَلَبَ، وقيل: إذا لم يَكُن أهلاً.

قال: (**ولا بَأس به لَمن يَثِق من نفسِهِ أداء فَرْضِهِ**)[2]؛ لأنّ كبارَ

الإمارة وستكون ندامة يوم القيامة» في صحيح البخاري ٦: ٢٦١٣، فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل إليه وخيف عليه فيه الهلاك، ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه، أَعانه الله عليه، كما في معين الحكام ص٨، وأيضاً: فإنَّ في

الظالمين، كما في البحر الرائق ٦: ٢٩٨.

وعن أبي هريرة ﵁، قال ﷺ: «ما مِنْ أمير عشرة إلا يؤتى به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقه أطلقه الحقّ أو أَوْبَقَهُ» في سنن الدارمي ٢: ٣١٣، ومسند الشاميين ٢: ٩٩.

وعن ابن عبّاس ﵄، قال ﷺ: «مَن وُلِّيَ على عشرة فحكم بينهم بما أَحبُّوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقِه، فإن حكم بما أنزل الله و لم يرتش في حكمه ولم يَحِفّ، فكَّ الله عنه يوم القيامة يوم لا غُلَّ إلا غُلُّهُ، وإن حكم بغير ما أنزل الله ﷻ وارتشى في حكمه وحابى شدّت يساره إلى يمينه ورُمِي به في جهنم فلم يبلغ قعرها خمسمئة عام» في المستدرك ٤: ١١٦.

(١) قال الطرابلسي في معين الحكام ص٨: «وهذا الحديثُ دليلٌ على شرف القضاء وعظيم منزلته وأنَّ المتولِّي له مجاهدٌ لنفسه وهواه، وهو دليلٌ على فضيلة مَن قضى بالحقّ؛ إذ جعله ذبيح الحقّ؛ امتحاناً لتعظم له المثوبة امتناناً».

(٢) الجمع بين أحاديث الترغيب والترهيب يكون بالقيام على القضاء بما يستحقّه مِنَ الأمانة وعدم الظلم ومخافة الله في أن يجور على أحد، وأن يكون متولي القضاء ممن أهل ذلك؛ لمعرفة أحكامه وواجباته، فمن كان كذلك، كانت له أَحاديث الترغيب في الحض

الصَّحابة[١] والتَّابعين ﷺ تَقَلَّدوه وكَفَىٰ بهم قُدْوةً، والنَّبيُّ ﷺ: «ولَّى علياً»[٢]،

علىٰ توليه، وأحاديث الترهيب في مراقبة الله ﷻ الدائمة في عمله، خوف أن يزل، وأما مَن لم يكن من أهله فنصيبه أحاديث الترهيب بترك الأمر إلىٰ أهله، فعن بريدة ﵁، قال ﷺ: «القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقاض في الجنة: رجل قضىٰ بغير الحق، فعلم ذاك، فذاك في النار، وقاض لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاض قضىٰ بالحقّ فذلك في الجنة» في سنن الترمذي ٣: ٦١٣، والمستدرك ٤: ١٠١، وصححه.

وعن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «ليأتين علىٰ القاضي العدل يوم القيامة ساعةً يتمنىٰ أنَّه لم يقض بين اثنين في تمرة قط» في مسند أحمد ٦: ٧٥، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٩٢: «إسناده حسن».

ووردت العديد من الأحاديث ترغيب بدخول القضاء لما فيه قطع الخصومات ودفع الظلم عن المظلومين، فعن ابن عباس ﵄، قال ﷺ: «يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحدٌّ يُقام في الأرض بحقّه أزكىٰ فيها من مطر أربعين عاماً» في المعجم الكبير ١١: ٣٣٧، والمعجم الأوسط ٥: ٩٢، وسنن البيهقي الكبير ٨: ١٦٢.

وعن معاوية ﵁، قال ﷺ: «لا تُقَدَّسُ أمة لا يقضىٰ فيها بالحق، ويأخذ الضعيف حقه من القوي غير مُتَعْتَعٍ» في المعجم الكبير ١٩: ٣٨٧، ورواته ثقات، كما في الترغيب والترهيب ٣: ١١٩، ومسند الشاميين ١: ١٩٠.

(١) فعن محارب بن دثار قال: «لما ولي أبو بكر ولىٰ عمر ﵄ القضاء، وولىٰ أبا عبيدة ﵁ المال، وقال: أعينوني، فمكث عمر سنة لا يأتيه اثنان، أو لا يقضي بين اثنين» في سنن البيهقي الكبير ١٠: ١٤٨.

(٢) فعن علي ﵁ قال: «بعثني النبي ﷺ إلىٰ اليمن، وأنا شاب حديث السِّن فقلت: يا رسول الله إنك بعثتني إلىٰ قوم يكون بينهم أحداث، وأنا شاب حديث السِّن، قال: إن

ولو كان مكروهاً لما ولاه، وقال ﷺ: «**إذا حَكَمَ الحاكمُ فأصاب فله أجران**»(١).

واختيار أبي بكر الرَّازي ﷺ الامتناع عنه.

وقيل: الدُّخول فيه رخصةٌ والتَرْكُ عزيمةٌ، وهو الصَّحيح(٢).

(**وَمَن تَعَيّن له تُفترض عليه الولاية**)(٣)، وقد بيّنّاه، ولو امتنع لا يُجبر عليه.

ولو كان في البلدِ جماعةٌ يصلحون وامتنعوا، والسُّلطان يَفْصِلُ بين الخصوم لم يأثموا، وإن كان لا يُمكنه ذلك أَثِموا، وإن امتنعوا حتى قلَّدَ جاهلاً أثم الكلّ.

الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فما شَكَكتُ في قضاء بين اثنين» في السنن الكبرى للنسائي٧: ٤٢١، وسنن ابن ماجة٢: ٧٧٤، ومسند أحمد٢: ٦٨، والمستدرك٣: ١٤٥، وصححه.

(١) فعن عمرو بن العاص ﷺ، قال ﷺ: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر» في صحيح مسلم ١: ١٣٤.

(٢) وفي «الهداية» و«الكافي»: والصَّحيحُ أنّ الدُّخول فيه رخصةً طمعاً في إقامة العدل، والترك عزيمة؛ لأنّه مأمورٌ بالقضاء بالحقّ، وربما يظنُّ في الابتداء أنّه يقضي بالحقّ، ثم لا يَقْدِرُ عليه في الانتهاء، ولأنّه لا يمكنه القضاء بالحقّ إلا بإعانة غيره، ولعلَّ غيره لا يعينه،كما مجمع الأنهر٢: ١٥٥، وفي رد المحتار٥: ٣٦٨: «هو الصحيح كما في «النهر» عن «النهاية»، وبه جزم في «الفتح»».

(٣) أي إن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه، إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك، «فتح»، كما في رد المحتار٥: ٣٦٧.

قال: (**ويجوزُ التَّقليد من ولاةِ الجور**)[1]؛ لأنّ الصَّحابة ﷺ تقلدوه من معاوية ﷺ وكان الحقّ مع عَليٍّ ﷺ، والتَّابعون تَقَلَّدوه من الحجّاج مع جَوْره، ولأنّ فيه إقامةُ الحقِّ ودفعُ الظُّلم، حتى لو لم يُمَكنه من ذلك لا يجوز له الوِلاية منه.

قال: (**ويجوزُ قضاءُ المرأة فيما تُقْبَلُ شهادتُها فيه**)[2] إلا أنّه يُكره[3]؛ لما فيه

---

(١) أي الظلم، وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة، حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصحّ، بخلاف ما لو ولوا سلطاناً بعد موت سلطانهم، «بزازية»، كما في رد المحتار٥: ٣٦٨.
وفي «التتارخانية»: الإسلام ليس بشرط في السلطان الذي يقلد، وبلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شَكّ أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب؛ لأنهم لم يظهروا فيها حكم الكفر، كما في رد المحتار٥: ٣٦٩.
(٢) عامة متون الحنفية كـ«الوقاية»، و«الكنز»، و«الملتقى»، و«البداية»، نصَّت على جواز قضاء المرأة مطلقاً بلا كراهة في غير حدٍّ وقصاص؛ لأن حكم القضاء يستقى من حكم الشَّهادة؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما من باب الولاية، فكلُّ مَن كان أهلاً للشَّهادة يكون أهلاً للقضاء، والمرأةُ أهل للشَّهادة في غير الحدود والقصاص، فهي أهل للقضاء في غيرهما.
وحمل الحديث: «لن يفلح قومٌ ولوا أَمرهم امرأة» في صحيح البُخاري٤: ١٦١٠ على إمامةِ الصَّلاة أو كراهة توليها القضاء لا عدم صحّته، أو نقصان حال قضائها عن قضاء الرَّجل، قال الرَّازيُّ في الخلاصة: «هذا يدلُّ على كراهية ذلك، وبه نقول، أو نقول: المراد الإمامة، وذلك مجمعٌ عليه»، وقال اللكنوي في العمدة عن الحديث: «يدلُّ على نقصان ذلك الحال، لا على عدمِ جوازِ توليتِها»، كما في السَّياسية الرَّاشدة ص١٢٠.
(٣) وهذا الجواز المذكور لقضاء المرأة في عامّة كتب الحنفية متوناً وشروحاً كـ«البناية»

من محادثة الرِّجال، ومبنى أمرهنَّ على السِّتر.

ورُوِي عن أبي حنيفة ﷺ أنّه قال: لا يُتْرَكُ القاضي على القَضاء إلا حَوْلاً[1]؛ لأنّه إذا اشتغل بالقَضاء يَنْسَى العلم، فيَعْزله السُّلطان بعد الحول، ويستبدل به حتى يشتغلَ بالدَّرس.

قال: (**فإذا قُلِّدَ القَضاءَ**)، ينبغي له أن يتقي الله تعالى، ويؤثر طاعتَه، ويَعْمَلُ لمَعادِهِ، ويَقْصِدُ إلى الحقِّ بجُهْدِهِ فيما تَقَلَّدَه.

و«الهداية» و«العناية»، وغيرها وفتاوى كـ «فتاوى قاضي خان» و«الفتاوى البزازية»، ينفي أن تكون الكراهة كراهية تحريم فيها إثم، وإنما تكون كراهة تنزيه، بمعنى خلاف الأولى؛ لما فيه من الاختلاط ومحادثة الرِّجال.
ومعلومٌ أنّ هذا الاختلاط ومحادثة الرجال موجودٌ في عامّة وظائف النّساء العامة في زماننا، فهي تحتاج فيها إلى المحادثة والاختلاط، وليس حال هذه الوظائف بأحسن من القضاء للمرأة، وطالما أنّها محتشمةً في لباسها، عفيفةً في سلوكها، مقتصرةً في محادثتها على الحاجة دون زيادة، فلا تمنع من هذه الوظائف، والحالُ في القضاء كذلك.
وما ذُكر في بعض الكتب المتأخرة من مدرسة محدثي الفقهاء عند الحنفية من أنّ الكراهةَ تحريمية في تولي قضاء المرأة، هو مجرد قول، وليس المذهب، قال شيخي زاده في مجمع الأنهر٢: ١٦٨: «يأثم المولي»، وقال التُّمُرتاشي في تنوير الأبصار٥: ٤٤٠: «والمرأة تقضي في غير حد وقود وإن أثم المولي لها»، واعتمدوا في ذلك على الحديث، والحديث لا يفيد الإثم كما في السياسية الراشدة ص١٢١.

(١) وفي البحر٦: ٢٨٢: «القاضي لا يبقى أكثر من سنة كي لا ينسى العلم»، وفي المحيط٨: ١٧: «وقد صح عن أبي حنيفة ﷺ أنه قال: لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة؛ لأنّه لا يتفرغ للتعليم والتعلم حال اشتغاله بالقضاء، فنسى العلم».

و(**يَطْلُبُ ديوانَ القاضي الذي قَبْلَه ويَنْظُرُ في خَرائطِهِ وسِجلّاتِهِ**)؛ لأنّها وُضِعَت لتكون حجّة عند الحاجة، فتُجْعَلُ في يدِ المُتولِّي؛ لأنّه يحتاجُ إليها لِيَعْمَلَ بها.

قال: (**وعَمِلَ في الوَدائع وارتفاع الوُقُوف بما تَقُومُ به البَيِّنَةُ**)؛ لأنّها حُجّةٌ شَرعيَّةٌ، (**أو باعترافِ مَن هو في يدِهِ**)؛ لأنّه أَمينٌ، (**ولا يَعْمل بقول المَعْزول**)؛ لأنّه شاهدٌ، وشهادةُ الفردِ لا عَمَل بها، قال: (**إلا أن يكون هو الذي سَلَّمَها إليه**)[1]؛ لأنّ يدَه كيدِه، فيكون أَميناً فيه.

وينبغي أن يَبْعَثَ رجلين من ثقاتِه، والواحد يكفي، فيَقْبضان من المَعْزول ديوانَه، وهو ما ذكرنا من الخَرائط والسِّجلات، فيجمعان كلَّ نَوْعٍ في خَريطةٍ، حتى لا يشتبه على القاضي، ويَسألان المَعْزول شَيْئاً فشَيْئاً؛ لينكشف ما يُشْكِل عليهما، ويختمان عليه، وهذا السُّؤال ليس للإلزام، بل لِيَنْكَشِفَ به الحال، فإن أبى المعزول أن يدفعَ إليهما النُّسخ أُجبر على ذلك، سواءٌ كان البَياضُ من بيتِ المال وهو ظاهرٌ؛ لأنّه لمصالح المسلمين، أو من الخُصُوم؛ لأنّهم وضعوها في يده للعمل بها، أو من ماله؛ لأنّه فعلَه تَدَيُّناً لا تَمَوُّلاً.

ويأخذان الوَدائع وأَمْوال اليَتامى.

---

(١) أي لا يقبل قول المعزول إلا أن يعترف الذي في يده أن القاضي المعزول سلَّمها إليه، فيُقبل قولُ المعزول فيها؛ لأنّه ثبت بإقراره أنه مودَع القاضي المعزول، ويدُ المودَع كيدِ القاضي المعزول، فصار كأنّه في يد المعزول، فيُقْبل إقرارُ المعزول به، كما في التبيين٤: ١٧٨.

ويَكْتُبان أَسماءَ المَحْبوسين ويَأخذان نُسْخَتَهم من المَعْزول؛ لينظر المُولَّىٰ في أحوالِهم، فمَن اعترفَ بحَقٍّ، أو قامَت عليه بَيِّنةٌ أَلْزَمَه عَمَلاً بالحُجّة، وإلا نادىٰ عليه في مجلسِه مَن كان يُطالب فُلاناً المَحبوس بحقٍّ فليحضر، فمَن حَضَرَ وادّعىٰ عليه ابتدأ الحُكْمَ بينهم.

ويُنادي أيّاماً علىٰ حَسَبِ ما يَرَىٰ القاضي، وإن لم يَحْضُر لا يُخَلِّيه حتىٰ يَسْتَظْهر في أَمْره، فيَأخذ منه كَفيلاً بنفسِهِ؛ لاحتمال أنّه محبوسٌ بحقٍّ غائب، وهو الظَّاهر؛ لأنَّ فعلَ المَعْزول لا يكون عَبَثاً.

قال: (**ويَجْلِسُ للقَضاء جُلُوساً ظاهراً في المَسْجِدِ**)؛ لأنّ «رسولَ الله ﷺ كان يَفْصِلُ بين الخُصُوم في المَسْجد»[١]، وكان الخُلفاءُ الرَّاشدون بعده[٢]، ودِكَّةُ عليٍّ رضي الله عنه في مسجدِ الكوفةِ إلىٰ الآن معروفة، وقال ﷺ: «إنّما بُنِيت المساجد لذكر الله وللحكم»[٣]؛ ولئلا يَشْتَبه علىٰ الغُرباء مَكانه.

(**والجامعُ أَولى**)؛ لأنّه أَشهرُ، وإن كان الخَصْمُ حائضاً أو نُفساء خَرَجَ القاضي إلىٰ بابِ المسجد، فنَظَرَ في خُصُومتِها، أو أمر مَن يَفْصِلُ بينهما، كما لو

---

(١) فعن سهل بن سعد رضي الله عنه: «أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وَجَدَ مع امرأتِه رجلاً أيقتله؟ فتلاعنا في المسجد، وأنا شاهد» في صحيح البخاري١: ٩٢.

(٢) لاعن عمر رضي الله عنه عند منبر النّبيّ ﷺ، وقضىٰ شريح، والشعبي، ويحيىٰ بن يعمر في المسجد، وقضىٰ مروان علىٰ زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، وكان الحسن، وزرارة بن أوفىٰ، يقضيان في الرَّحبة خارجاً من المسجد في صحيح البخاري٩: ٦٨ تعليقاً.

(٣) فعن أنس رضي الله عنه، قال ﷺ: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول، ولا القذر إنّما هي لذكر الله عز وجل، والصلاة وقراءة القرآن» في صحيح مسلم١: ٢٣٦.

كانت المُنازعة في دابّة، فإنّه يخرج لاستماع الدَّعوىٰ والإشارة إليها في الشَّهادة.

وإن جَلَسَ في بيتٍ جاز، ويَأذن للنّاس بالدُّخول فيه، ولا يَمْنَعُ أحداً من الدُّخول عليه، ويَجْلِسُ معه مَن كان يَجْلِسُ معه في المَسْجد.

ويكون الأَعوان بالبُعد عنه بحيث لا يَسْمعون ما يكون بينه وبين مَن تَقَدَّمَ إليه للخُصُومة.

ويُسْتَحَبُّ أن يَجْلِسَ معه قَريباً منه قَوْمٌ من أَهْل الفقه والدِّيانة، ولا بَأس بأن يَجْلِسَ وَحْدَه إذا كان عالماً بالقضاء.

قال: (**ويَتَخِذُ مُتْرِجماً وكاتِباً عَدْلاً مُسْلِماً له مَعْرفة بالفِقة**)؛ لأنّه إذا لم يَكن عَدْلاً لا تُؤمن خِيانتُه، وإذا لم يكن مُسلماً لا يؤمن أن يَكْتُبَ ما لا تَقْتَضيه الشَّريعة، وإذا لم يكن فَقيهاً لا يَعْرف كِتْبَةَ السِّجلات، وما يحتاج إليه القاضي من الأَحْكام، ويَجْلِسُ ناحيةً عنه حيث يَراه حتىٰ لا يُخْدَع بالرَّشوة.

قال: (**ويُسَوِّى بَيْنَ الخَصْمين في الجُلُوس والإقبالِ والنَّظر والإشارةِ**)، قال الله تعالىٰ: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء} [النساء: ١٣٥]: أي بالعَدْل، والعَدْلُ التَّسوية، وقال ﷺ: «إذا ابْتُلِيَ أحدُكم بالقَضاء فليسوِّ بين الخُصوم في المجلس والإشارةِ والنَّظَر»(١)، وفي كتاب عُمر رضي الله عنه:

---

(١) فعن أم سلمة رضي الله عنها، قال ﷺ: «إذا ابتُلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فليسوِّ بينهم في النَّظر والمجلس والإشارة، ولا يرفع صوته علىٰ أحد الخصمين أكثر من الآخر» في مسند ابن راهويه ٤: ٨٢، ومسند أبي يعلىٰ ١٠: ٢٦٤.

«آس بين النَّاس في مجلسِكَ ووَجْهِكَ وعَدْلِك ـ ومعناه ما ذكرنا، ثمّ نبَّه على العِلّة فقال: ـ حتى لا يَطْمَعَ شَرِيفٌ في حَيْفك، ولا يخاف ضعيفٌ جَوْرك»(١)، ولأنّه إذا فَضَّلَ أحدُهما يَنْكَسِرُ قلبُ الآخر، فلا يَنْشَرُحُ للدَّعوى والجَواب.

وعنها، قال ﷺ: «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين، فليعدل بينهم في لحظته وإشارته ومقعده ومجلسه» في المعجم الكبير٢٣: ٢٨٤، وسنن الدارقطني٥: ٣٦٥.

(١) فعن سَعِيدِ بن أَبي بُرْدَةَ وأخرج الكتاب، فقال: هذا كِتَابُ عُمَرَ، ثم قُرِئَ على سُفْيَانَ: «مِنْ هاهنا إلى أبي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، أما بعد، فَإِنَّ الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ، فَافْهَمْ إِذَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقٍّ لَا نَفَاذَ لَهُ، آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ وَوَجْهِكَ وَعَدْلِكَ حَتَّى لا يَطْمَعَ شَرِيفٌ في حَيْفِكَ، ولا يَخَافَ ضَعِيفٌ جَوْرَكَ، الْبَيِّنَةُ على مَن ادَّعَى وَالْيَمِينُ على مَن أَنْكَرَ، الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالًا، لَا يَمْنَعُكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ بِالْأَمْسِ رَاجَعْتَ فيه نَفْسَكَ وَهُدِيتَ فيه لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ، فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ، وإِنَّ الْحَقَّ لا يُبْطِلُهُ شَيْءٌ، وَمُرَاجَعَةَ الْحَقِّ خَيْرٌ من التَّمَادِي في الباطِلِ، الْفَهْمَ الْفَهْمَ فِيمَا يُخْتَلَجُ عِنْدَ ذَلِكَ، فَاعْمَدْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللهَّ وَأَشْبَهِهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى، وَاجْعَلْ لِلْمُدَّعِي أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ، فَإِنْ أَحْضَرَ بَيِّنَةً، وَإِلَّا وَجَّهْتَ عَلَيْهِ الْقَضَاءَ، فَإِنَّ ذلك أَجْلَى لِلْعَمَى وَأَبْلَغُ في الْعُذْرِ، الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَيْنَهُمْ، بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إِلَّا مَجْلُودًا في حَدٍّ أَوْ مُجَرَّبًا فِي شَهَادَةِ زُورٍ، أَوْ ظَنِينًا فِي وَلَاءٍ أو قَرَابَةٍ، فإِنّ اللهَّ تَوَلَّى منكم السَّرَائِرَ وَدَرَأَ عَنْكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ، ثُمَّ إِيَّاكَ وَالضَّجَرَ وَالْقَلَقَ وَالتَّأَذِّيَ بِالنَّاسِ، وَالتَّنَكُّرَ لِلْخُصُومِ فِي مَوَاطِنَ الْحَقِّ الَّتِي يُوجَبُ بها الْأَجْرُ، وَيَحْسُنُ بها الذِّكْرُ، فإِنّه من يُخْلِصُ نِيَّتَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهَّ يَكْفِهِ اللهُّ ما بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ، ومَن تَزَيَّنَ لِلنَّاسِ بِمَا يَعْلَمُ اللهُّ منه غير ذلك، شَانَهُ اللهُّ» في سنن الدارقطني٥: ٣٦٩، وتاريخ المدينة لابن شبة٢: ٧٧٥.

وينبغي أن يَجْلِسوا بين يدي القاضي جُثُوّاً[١]، ولا يُجْلِسُهما في جانبٍ، ولا أحدُهما عن يَمينه والآخر عن شِمالِه.

وإذا تَقَدَّمَ إليه الخَصمان إن شاءَ بَدَأهما فقال: ما لَكُما؟ وإن شاءَ سَكَتَ حتى يَتَكَلَّما، فإذا تَكَلَّم أحدُهما أَسْكَتَ الآخر؛ ليفهم دعواه.

قال: (**ولا يُسارَّ أحدُهما**[٢] **ولا يُلَقِّنَه حُجَّتَه**)؛ لما بيّنّا؛ ولما فيه من التُّهمة، (**ولا يَضْحَكُ لأَحَدِهما**)؛ لأنّ ذلك يُجَرِّئُهُ على خَصْمِه، (**ولا يُمازِحُها، ولا أحدُهما**)؛ لأنّه يُخِلُّ بِهَيْبَةِ القَضاء، (**ولا يُضَيِّفُ أحدَهما دون الآخر**)؛ لما بيّنّا، وقد وَرَدَ النَّهيُ عنه[٣].

قال: (**ولا يَقْبَلُ هديةَ أَجْنَبِيٍّ لم يَهْدِ له قَبْلَ القَضاء**)، قال ﷺ: «هَدايا الأُمراء غُلُولٌ»[٤]؛ ولأنّه إنّما أَهْدَى له للقَضاء ظاهِراً، فكان آكلاً بالقَضاء،

---

(١) من جثا جثوا وجثوا: جَلَس على رُكْبَتَيْه، كما في المعجم الوسيط١: ١٠٧.

(٢) أي لا يُكلِّمُ القاضي أحدَ الخصمين سِرّاً، ولا يشيرُ إليه لا بيده ولا برأسِه ولا بحاجبه، كما في العناية٧: ٢٧٥.

(٣) فعن علي رضي الله عنه قال: «نهى النَّبيُّ ﷺ أن يُضيفَ أحد الخَصمين دون الآخر» في المعجم الأوسط٤: ١٨٣.

وعن الحسن، قال: «نزل على عليّ رضي الله عنه رجل وهو بالكوفة، ثم قدم خصماً له، فقال له علي رضي الله عنه: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: فتحوَّل، فإنَّ رسول الله ﷺ نهانا أن نُضِيفَ الخَصم إلا وخصمه معه» في السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٢٣٢

(٤) فعن أبي حميد السَّاعدي رضي الله عنه، قال ﷺ: «هدايا العمال غلول» في مسند البزار٩: ١٧٢، ومسند أحمد٣٩: ١٤.

فأَشْبه الرَّشْوة، بخلاف مَن جَرَت عادته بمُهاداتِه قَبْلَ القَضاء؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه جَرَىٰ علىٰ عادتِه، حتىٰ لو زادَ علىٰ العادةِ أو كان له خُصُومة لا يَقْبلُها، والقَريبُ علىٰ هذا التَّفْصِيل.

قال: (**ولا يحضرُ دَعْوةً إلا العامّة**): كالعُرس والخِتان؛ لأنّه لا تُهمةَ فيها، والإجابةُ سُنّةٌ[1]، ولا يجيب الخاصّة لمكان التُّهمة إلا إذا كانت من قريبٍ أو من جَرَت عادُته بذلك قَبْلَ القَضاء علىٰ التَّفْصيل المُتَقَدِّم، والعَشْرةُ فما دونها خاصّةٌ، وما فوقَها عامّةٌ.

وقيل: الخاصّةُ ما لو عَلِمَ أنّ القاضي لا يحضرُها لا يَعْمَلُها.

قال: (**ويَعُودُ المرضى، ويَشْهدُ الجَنائز**)؛ لأنّها من حقوقِ المسلم علىٰ المسلم علىٰ ما نَطَقَ به النَّصُّ[2]، ولا يُطيلُ مُكْثَه في ذلك المَجْلِس، ولا يُمَكِّنُ

وعنه رضي الله عنه، قال: «استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من الأسد، يُقال له: ابن اللتبية علىٰ الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا لي، أُهدي لي، قال: فقام رسول الله ﷺ علىٰ المنبر، فحمد الله، وأثنىٰ عليه، وقال: ما بال عامل أبعثه، فيقول: هذا لكم، وهذا أهدي لي، أفلا قَعَدَ في بيت أَبيه، أو في بيت أمه، حتىٰ ينظر أيهدىٰ إليه أم لا؟ والذي نفس محمد بيده، لا يَنال أحدٌ منكم منها شيئاً، إلا جاء به يوم القيامة يحمله علىٰ عُنُقِه بَعير له رُغاء، أو بقرةٌ لها خُوار، أو شاة تيعر، ثم رفعَ يديه حتىٰ رأينا عفرتي إبطيه، ثم قال: اللهم، هل بلغت؟ مرتين» في صحيح البخاري٩: ٧٤، وصحيح مسلم٣: ١٤٦٣.

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنه قال ﷺ: «إذا دعي إلىٰ وليمة عرس فليجب» في صحيح مسلم ٢: ١٠٥٢.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «حقُّ المسلم علىٰ المسلم خمسٌ: ردُّ السّلام، وعيادةُ

أحداً من التَّكلُّم فيه بشيءٍ من الخُصومات.

قال: (**فإن حَدَثَ له هَمٌّ أو نُعاسٌ، أو غَضَبٌ، أو جُوعٌ، أو عَطَشٌ، أو حاجةٌ حَيْوانيّةٌ كَفَّ عن القَضاء**)، قال ﷺ: «لا يقضي القاضي، وهو غَضْبان»(١)، وفي رواية: «إلا وهو شَبْعان»(٢)؛ ولأنّه يحتاج إلى الفِكر، وهذه الأَعْراضُ تمنعُ صِحّةَ الفِكر، فتُخِلُّ بالقَضاء.

ويُكره له صومُ التَّطوُّع يوم القَضاء؛ لأنّه لا يخلو عن الجُوع.

ولا يُتْعبُ نفسَه بطول الجُلوس؛ لأنّه رُبَّما ضَجِرَ ومَلَّ ويَقْعُدُ طَرَفي النَّهار.

وإذا طَمِعَ في رضي الخَصمين رَدَّهما مَرّةً ومَرَّتين؛ لقول عُمر ﷺ: «ردوا الخُصوم حتى يَصْطَلِحوا»(٣)، وإن لم يَطْمَع أنفذَ القَضاء بينهما؛ لعدم المُوجِب للتَّأخير.

المريض، واتباعُ الجنائز، وإجابةُ الدَّعوة، وتشميتُ العاطس» في صحيح البخار٢: ٧١.

(١) فعن عبد الرحمن بن أبي بكرة، قال: كتب أبو بكرة إلى ابنه، وكان بسجستان، بأن لا تقضي بين اثنين وأنت غضبان، فإني سمعت النبي ﷺ يقول: «لا يقضين حكم بين اثنين، وهو غضبان» في صحيح البخاري٩: ٦٥.

(٢) فعن أبي سعيد الخدري ﷺ، قال ﷺ: «لا يقضي القاضي بين اثنين، إلا وهو شبعان ريّان» في المعجم الأوسط٥: ٣٦، وسنن الدارقطني٥: ٣٦٧، ومسند الحارث١: ٥١٩.

(٣) فعن محارب بن دثار، قال عمر ﷺ: «ردوا الخصوم إذا كانت بينهم القرابات، فإن فصل القضاء يورث بينهم العداوة» في تاريخ المدينة لابن شبة٢: ٧٦٩، ومصنف ابن

قال : (**ولا يَبيعُ ولا يَشْتري في المَجْلس لنفسِهِ**)؛ لما فيه من التُّهمة، ولا بَأس في غير المَجْلس، وعن أبي حنيفة ﵁: أنّه يُكره أَيضاً، وإنّما يَبيعُ ويَشتري ممَّن لا يَعرفُه ولا يُحابيه.

قال : (**ولا يَسْتَخلفُ على القَضاء، إلا أن يُفوَّضَ إليه ذلك**)؛ لأنّه كالوَكيلِ عن الإمام، والوَكيلُ ليس له أن يُوكِّلَ إلا أن يُؤذنَ له.

قال: (**ولا يَقضي على غائبٍ**)؛ لقوله ﷺ: «يا عليّ لا تقض لأحدٍ الخَصْمين حتى تَسْمَعَ كلامَ الآخر»[1]، ولأنّ القَضاء لقطع المُنازعة، ولا مُنازعةَ بدون الإنكار، فلا وجه إلى القَضاء.

قال: (**إلا أن يحضر مَن يقومُ مقامَه**) إمّا بإنابتِهِ كالوكيلِ أو بإنابةِ الشَّرْعِ كالوَصيِّ من جهةِ القاضي، (**أو يكون ما يَدَّعيه على الغائب سبباً؛ لما يَدَّعيه على الحاضر**): كمَن ادَّعى داراً في يدِ رجلٍ، فأَنْكَرَ فأَقام المُدَّعي البيِّنَةَ أنّه اشتراها من فلانٍ الغائبِ يُقضى بها على الحاضر والغائب.

وكذا لو ادَّعى شُفعةً وأنكر ذو اليد الشِّراء، فأَقام البَيِّنة أنّ ذا اليد اشتراها من الغائب يُقْضي على الحاضر والغائب جميعاً.

أبي شيبة١١: ٥٧٧، ومصنف عبد الرزاق٨: ٣٠٣، وسنن البيهقي الكبير٦: ١٠٩.

(١) فعن عليٍّ ﵁، قال لي رسول الله ﷺ: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأوّل حتى تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي، قال علي: فما زلت قاضياً بعد» في مسند أحمد١: ٩٠، وسنن الترمذي٣: ٦١٨، وحسنه.

وكذا إذا شهدا على رجل، فقال: هما عبدان، فأَقام المشهودُ له البيِّنةَ أنّ مَوْلاهما أَعَتَقَهُما حكم بعتقهما في حقّ الحاضر والغائب جميعاً[١].

فصل

(وإذا رُفع إليه قُضاءُ قاضٍ أَمْضاه إلا أن يَخالِفَ الكتابَ أو السُّنةَ المشهورةَ أو الإجماع)[٢]، وأصلُه: أنّ القاضي إذا كان ممَّن يجور قضاؤه، فقَضَى

---

(١) صورة المسألة كما في العناية٧: ٣١٠: «إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق، فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب، فأقام المشهود له بيّنة أن فلاناً الغائب أعتقهما، وهو يملكهما، تُقبل هذه الشَّهادة، والمدعى شيئان: المال على الحاضر والعتق على الغائب، والمدعي على الغائب سبب المدعي على الحاضر لا محالة؛ لأنّ ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال، فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب».

(٢) هذا التقرير فيما لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع كان في زَمن الاجتهاد المطلق، وهو زمن أبي حنيفة، فكلُّ مَن كان يتولى القضاء والإفتاء كان مجتهداً مطلقاً، فكان على ما في ذلك الزمان، وأمّا في زماننا، فهو مُقيّدٌ بالإجماع فقط؛ لأن قضاء القاضي وإفتاء المفتي في غير محلِّ الإجماع يكون مَسوغاً للاجتهاد، فلا يُرَدُّ قضاؤه وإفتاؤه، وبالتالي طالما أنّ القضاء والإفتاء مأخوذٌ من مذهبٍ فقهيٍّ مُعتبر من المذاهب الأربعة أو مستند في تخريجه عليها، فإنّه يقبل، ولا يُرَدّ، بخلاف ما خالفها؛ لأنها تمثل إجماع أهل السُّنة، وهو المعتبر علمياً في اعتبار الإجماع بعد أن استقرَّت العلوم، وأمّا بعد تقنين القوانين، فيكون القَضاء معتبرٌ ما لم يُخالف صريح القانون المنصوص، وعلى القاضي الآخر عدم نقضه، واعتبارُه إن كان مستنداً لفهم صحيح للقانون موافق للفقه غير مخالف لصريحه هذا القانون، والله أعلم.

بقضيّة يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحدٍ من القُضاة نقضُه؛ لأنّ الاجتهادَ الثَّاني مثلَه، والأَوّلُ مُرجَّحٌ بالسَّبق لاتصال القَضاء به.

ورُوِي «أن شريحاً رضي الله عنه قَضَى بقضاءٍ خالف فيه عُمَرَ وعَلِيّاً رضي الله عنهما، فلم يفسخاه»؛ لوقوعه من قاض جائز الحُكم فيما يَسوغ فيه الاجتهاد.

وعن عُمر رضي الله عنه: «أنّه قَضَى في الجَدِّ بقَضايا مختلفة، فقيل له، فقال: ذاك على ما قَضَينا، وهذا على ما نَقْضي، ولم يفسخ الأَوّل»[1].

ولا اجتهادَ مع الكتاب، ولا مع السُّنّة المَشهورةِ؛ إذ لا اجتهاد إلا عند عدمِهما؛ لما تَقَدَّم من حديث مُعاذ رضي الله عنه[2]، ولا مع إجماع الجُمهور؛ لأنّه خِلافٌ وليس باختلافٍ، والمرادُ اختلافُ الصَّدْر الأَوَّل.

---

(١) فعن الحكم بن مسعود، قال: «شهدت عمر أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث، فقال له رجل: قد قضيت في هذه عام الأول بغير هذا، قال: وكيف قضيت؟ قال: جعلته للإخوة للأم ولم تجعل للإخوة من الأب والأم شيئاً، فقال: ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي» في مصنف ابن أبي شيبة١٦: ٢٣٢.
وعن الحكم بن مسعود، قال: «أتينا عمر، في المشركة فلم يشرك، ثم أتيناه العام المقبل فشرك، فقلنا له، فقال: تلك على ما قضيناه، وهذه على ما قضينا» في سنن الدارمي١: ٤٩٧، وسنن الدارقطني٥: ١٥٥، والسنن الصغير للبيهقي٤: ١٣٢، ومصنف عبد الرزاق١٠: ٢٤٩.
(٢) سبق تخريجه في بداية كتاب أدب القاضي.

قال: (**ولا يجوزُ قَضاؤه لَمن لا تُقْبَلُ شهادتُه له**)؛ لأنّ المعنىٰ الذي تُرَدُّ الشَّهادة له في القَضاء أَقْوىٰ؛ لأنّه ألزم.

قال: (**ويجوز لَمن قَلَّدَه وعليه**)؛ لأنّه نائبٌ عن المسلمين لا عنه، ولهذا لا يَنْعَزِلُ بموتِه.

قال: (**وإذا عَلِم بشيءٍ من حقوقِ العبادِ في زَمَن ولايتِه ومحلِّها جاز له أن يَقْضي به**)[1]؛ لأنّ عِلْمَه كشهادةِ الشّاهدين، وبل أولىٰ؛ لأنّ اليَقين حاصلٌ بما عَلِمَه

بالمُعاينة والسَّماع، والحاصلُ بالشَّهادةِ غلبةُ الظّنّ، والإجماعُ علىٰ أنّ قولَه علىٰ الانفرادِ مقبولٌ فيما ليس خَصماً فيه، ومَتَىٰ قال: حَكَمْتُ بكذا نَفَذَ حُكْمُهُ.

وأمّا ما عَلِمَه قبل ولايته أو في غير محلِّ ولايتِه لا يَقضي به عند أبي حنيفة ، نُقِل ذلك عن عُمر وشُريح .

وقال أبو يوسف ومحمّدٌ : يَقْضي كما في حال ولايتِهِ ومحلِّها؛ لما مَرّ.

وجَوابُه: أنّه في غيرِ مصرِهِ وغير ولايتِه شاهدٌ لا حاكمٌ، وشهادةُ الفَرْدِ لا تُقبَلُ، وصار كما إذا عَلِمَ ذلك بالبَيِّنةِ العادلة، ثمّ ولي القَضاء، فإنّه لا يُعمل بها.

---

(١) في الدر المختار ورد المحتار٥: ٤٣٩: «المعتمد عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان، وفي الأشباه: الفتوىٰ اليوم علىٰ عدم العمل بعلم القاضي في زماننا كما في «جامع الفصولين»، وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقاً».

وأمّا الحُدودُ، فلا يُقضي بعلمِهِ فيها؛ لأنّه خَصْمٌ فيها؛ لأنّها حَقُّ الله تعالى، وهو نائبُه إلا في حدِّ القَذْف، فإنّه يَعْمَلُ بعلمِهِ؛ لما فيه من حقِّ العَبْد، وإلا في السُّكر إذا وُجِدَ سكران، أو مَن به أَمارات السُّكْر، فإنّه يُعَزِّرُه.

قال: (**والقَضاءُ بشَهادةِ الزُّور يَنْفَذُ ظاهِراً وباطناً**[1] **في العُقودِ والفُسوخِ كالنِّكاح والطَّلاق والبيع، وكذلك الهِبة والإرث**).

وقالا: لا ينفذ باطناً.

وصُورتُه: شَهِدَ شاهدان بالزُّور بنكاح امرأةٍ لرَجُل، فقَضَى بها القاضي نَفَذَ عنده، حتى حَلَّ للزَّوْج وطؤها خِلافاً لهما.

ولو شَهِدا بالزُّور على رَجل أنّه طَلَّقَ امرأتَه بائناً[2]، فقَضَى القاضي بالفُرقة، ثمّ تزوَّجَها آخر جاز.

---

(١) معنى نفوذه ظاهراً نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك، ومعنى نفوذه باطناً ثبوت الحل عند الله تعالى.
وأمّا في الأملاك المرسلة والميراث، فإنّه ينفذ ظاهراً لا باطناً بالإجماع، وأمّا في الهبة والصدقة، فعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية: ألحقها بالأشربة والأنكحة من حيث إنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول، وفي أخرى: ألحقها بالأملاك المرسلة، كما في العناية٣: ٢٥٢.

(٢) تفصيل المسألة: امرأة ادعت على زوجها أنّه طلقها ثلاثاً، وأقامت على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بالتفرقة بينهما، وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الأول: لا يحل للزّوج الأول وطؤها ظاهراً وباطناً،

وعندهما: إن جَهِلَ الزَّوج الثَّاني ذلك حَلَّ له وطؤها اتّباعاً للظَّاهر؛ لأنّه لا يُكلَّفُ علمَ الباطِن، وإن عَلِم بأن كان أحدُ الشَّاهدين كاذباً لا يَحِلّ.

ولو وطئها الزَّوجُ الأَوَّل كان زانياً ويُحَدُّ، وقال مُحمَّدٌ رضي الله عنه: يَحِلُّ له وطؤها، وقال أبو يوسف رضي الله عنه: لا يَحِلُّ له؛ لأنّ قَوْلَ أبي حنيفة رضي الله عنه أورثَ شُبْهةً، فيَحْرُمُ الوَطءُ احتياطاً.

ولا ينفذُ في معتدّة الغير ومنكوحته بالإجماع[1]؛ لأنّه لا يُمكن تقديم النّكاح على القضاء[2]، وفي الأجنبية أمكن ذلك فيقدّم تصحيحاً له قطعاً للمنازعة.

ويحل للزوج الثاني وطؤها ظاهراً وباطناً، عَلِم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان الزَّوج الثاني أحد الشاهدين، أو لم يعلم بحقيقة الحال، بأن كان الزوج الثاني أجنبياً، وأمّا على قول أبي يوسف رضي الله عنه الآخر، وهو قول محمد رضي الله عنه: لا يحلّ للثاني وطؤها إذا كان عالماً بحقيقة الحا؛ل لأنّ الفرقة عندهما لم تقع باطناً، وإن لم يعلم بحقيقةِ الحال يحلّ له وطؤها.

وهل يحل للأول وطؤها؟ على قول أبي يوسف الآخر: لا يحلّ مع أنه لم تقع الفرقة عنده باطناً، لأنّه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيحدونه، وتمامه في المحيط٨: ٥٨.

(١) أي أجمعوا على أنّه لو ادعى نكاح امرأة، وهي تُنكر وتقول: أنا أخته من الرضاع، أو أنا في عدة من زوج آخر، فشهد بالنكاح شاهدان، وقضى القاضي بشهادتهما، والمرأة تعلم أنها كما أخبرت لا يَحلُّ لها التَّمكين، كما في البدائع٧: ١٥.

(٢) يعني تقديمُ النّكاح على القَضاء بطريق الاقتضاء كأنّه قال: أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك، كما في العناية٣: ٢٥٣.

وينفذ ببيع الأمة عنده حتى يحلّ للمشتري وطؤها.

وينفذ في الهبةِ والإرثِ حتى يحلّ للمشهود له أكلُ الهبة والميراث، ورُوي عنه أنّه: لا ينفذ فيهما.

لهما: قوله ﷺ: ((إنّكم لتَخْتَصمون إليّ، ولعلَّ بعضَكم أَلْحَن بحُجَّتِه من بعض، وإنّما أنا بشر أَقضي بما أَسمع، فمَن قَضَيْتُ له من مال أَخيه شيئاً بغير حقِّه، فإنّما أقطع له قطعةً من النّار»[1]، وأنّه عامٌّ فيَعُمَّ جميع الحقوق والعقود والفسوخ وغير ذلك، فينبغي أن يكون الحُكم في الباطن كهو عند الله تعالى.

وأمَّا الظَّاهرُ فالحكمُ لازمٌ على ما أَنْفَذَه القاضي، قال ﷺ: «أنا أقضي بالظَّاهر والله يتولى السَّرائر»[2].

---

(١) فعن أم سلمة رضي الله عنها، قال ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار» في صحيح البخاري٩: ٨٩، وصحيح مسلم٣: ١٣٣٧.

(٢) فعن عمر رضي الله عنه: «إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمَن أظهر لنا خيراً أَمّناه وقَرَّبناه، وليس إلينا من سريرته شيء، الله يحاسبه في سريرته، ومَن أظهر لنا سوءاً لم نأمنه، ولم نصدقه، وإن قال: إن سريرته حسنة» في صحيح البخاري٣: ١٦٩.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيِّنة لرجمتها» في صحيح مسلم٢: ١١٣٥.

وله: ما رُوي «أنّ رَجُلاً خَطَبَ امرأةً، وهو دونها في الحَسَب، فأبت أن تتزوَّجه، فادَّعى أنّه تزوَّجها ، وأقام شاهدين عند عليٍّ ﷺ، فحَكَمَ عليها بالنِّكاح، فقالت: إنّي لم أتزوَّجه، وإنّهم شهود زور، فزوَجني منه، فقال عليٌّ ﷺ: شاهداك زوَّجاك وأَمضى عليها النِّكاح»[1]، ولأنَّه قضى بأمر الله تعالى بحجَّةٍ شرعيّةٍ فيما له ولايةُ الإنشاء، فيُجعل إنشاءً تحرّزاً عن الحرام.

وحديثُهما صريحٌ في المالِ، ونحن نقول به، فإنَّ قضاءَ القاضي في الأملاك المرسلة[2] لا يَنْفذُ بشهادةِ الزُّور بهذا الحديث، ولقوله تعالى: {وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ} [البقرة: ١٨٨]، ورُوِي أنّها نزلت فيه، ولأنّ القاضي لا يَمْلكُ إثبات الملك بدون السَّبب، فإنّه لا يَمْلِكُ دفعَ مالِ زيدٍ إلى عَمرو.

وعن أبي سعيد ﷺ، قال ﷺ: «إني لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم» في صحيح البخاري٥: ١٦٣، وصحيح مسلم٢: ٧٤٢.

(١) بلغنا عن علي ﷺ: «أنّ رجلاً أقام عنده بيِّنةً على امرأة أنه تزوَّجها، فأنكرت، فقضى له بالمرأة، فقالت: إنّه لم يتزوَّجني، فأما إذا قضيت علي فجدِّد نكاحي، فقال: لا أجدد نكاحك، الشاهدان زوجاك» في الأصل لمحمد بن الحسن٩: ٤٤٠.

(٢) الأملاك المرسلة: وهي التي لم يذكر فيها سبب معين، فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً؛ لأنّ الملكَ لا بُدّ له من سبب، وليس بعض الأسباب أولى من البعض لتزاحمها، فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء، وفي النكاح والشراء يُقَدَّم النِّكاح والشِّراء تصحيحاً للقضاء، كما في درر الحكام٢: ٤٠٩.

وأمّا العّقود والفُسُوخُ، فإنّه يَمْلِكُ إنشاءهما، فإنّه يَمْلِكُ بيعَ أمةِ زيد وغيرها من عمرو حال غيبتِهِ وخوفِ الهلاكِ، فإنّه يبيعُه للحفظ، وكذلك لو مات ولا وصيَّ له، ويَمْلكُ إنشاءَ النكاح على الصَّغير والصَّغيرة، والفُرقة في العنين وغير ذلك، فثَبَتَ أنّ له ولايةُ الإنشاء في العُقود والفُسُوخ، فيُجعل القضاء إنشاءً احترازاً عن الحَرام، ولا يَمْلِكُ ذلك في الأملاك المرسلة بغير أسباب فتعذّر جعله إنشاء فبطل.

ثمّ نقول: لو لم يَنْفذُ باطناً، فلو قضى القاضي بالطَّلاق لبقيت حلالاً للزَّوج الأوّل باطناً والثَّاني ظاهراً.

ولو ابتلي الثَّاني بمثل ما ابتلي به الأوّل حَلَّت للثَّالث أيضاً، وهكذا رابع وخامس، فتحلُّ للكلِّ في زمانٍ واحدٍ، وفيه من الفُحْشِ ما لا يَخفى، ولو قُلنا: بنفاذه باطناً لا تحلّ إلا لواحدٍ، ولا فُحْشَ فيه.

فصل

الأصلُ في وجوبِ الحَبْس قوله ﷺ: «لَيُّ الواجدِ[1] ظُلْمٌ يَحِلُّ عِرْضُه وعقوبتُه»[2]، والعُقوبةُ: الحَبْسُ، ورُوي ذلك عن السَّلف، ولأنّ القاضي

---

(١) والمعنى أن مطل الغني يحل ذم عرضه. ينظر: المغرب ص٤٣٣.

(٢) فعن الشريد رضي الله عنه، قال ﷺ: «لَيُّ الواجد يُحِلّ عرضه وعقوبته، قال ابن المبارك: يحل عرضه يغلظ له، وعقوبته يحبس له» في سنن أبي داود٣: ٣١٣، وفي صحيح البخاري ٣: ١١٨ معلقاً: «ويذكر عن النبي ﷺ: «ليّ الواجد يحل عقوبته وعرضه، قال سفيان: عرضه يقول: مطلتني وعقوبته الحبس».

نُصِب لإيصالِ الحقوق إلى أَربابها، فإذا امتنعَ المُطلوب عن الأداءِ، فعلى القاضي جبرُه عليه، ولا يُجبره بالضَّرْب إجماعاً، فتَعيَّن الحَبْسُ.

قال: (**وإذا ثَبَتَ الحقُّ للمُدَّعي وسَأله حَبْسَ غَريمه لم يَحْبِسْهُ**)؛ لأنّه لم يظهر ظلمُه، حتى لو كان ظَهَرَ ظُلْمُه وجُحُودُه عند غيره حَبَسَه.

قال: (**وأَمره بدفع ما عليه، فإن امتنعَ حَبَسَه**)؛ لأنّه ظَهَرَ ظُلْمُه، وهذا إذا ثَبَتَ حقُّه بالإقرار، أمَّا إذا ثَبَتَ بالبَيِّنة حَبَسَه أَوَّلَ مَرّة؛ لأنّ البَيِّنة لا تكون إلا بعد الجَحْد، فيكون ظالماً.

ولا يَسأله القاضي: ألك مال؟ ولا مَن المُدَّعي؟ إلا أن يَطْلُب المُدَّعى عليه من القاضي أن يَسأل المدَّعي، فيَسأله.

(**فإن أقرَّ أنّه مُعْسِرٌ خَلَّى سبيلَه**)؛ لأنّه استحقَّ الإنظار بالنَّصّ[1]، ولا يَمْنعُه من الملازمة.

(**وإن قال المُدَّعي: هو مُوسرٌ، وهو يقول: أنا مُعْسِرٌ، فإن كان القاضي يعرفُ يَساره، أو كان الدَّين بدلَ مال كالثَّمن والقَرْض، أو التزمه كالمَهْر والكَفالة وبدل الخُلْع ونحوه حَبَسَه**)؛ لأنّ الظَّاهرَ بقاءُ ما حَصَلَ في يده، والتزامُه يدلّ على القُدرة.

(**ولا يَحْبِسُه فيما سِوى ذلك إذا ادَّعى الفَقَر**)؛ لأنّه الأَصل، وذلك مثل ضمان المُتلفات وأُروش الجِنايات ونفقة الأَقارب والزَّوجات وإعتاق العبد المشترك، (**إلا أن تقومَ البَيِّنةُ أن له مالاً فيَحْبِسُه**)؛ لأنّه ظالم.

---

(١) قوله ﷻ: {وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٍ} [البقرة: ٢٨٠].

(فإذا حَبَسَه مدّةً يَغْلِبُ على ظنِّه أنّه لو كان له مالٌ أَظْهَرَهُ وسَأل عن حالِه، فلم يَظْهَرْ له مالٌ خَلَّى سبيلَه)؛ لأنّ الظّاهرَ إعسارُه فيَسْتَحِقّ الإنظار، وكذلك الحكمُ لو شَهِدَ شاهدان بإعْسَارِه، وتُقْبَلُ بَيِّنةُ الإعسار بعد الحَبْس بالإجماع، وقَبْلَه لا[1].

والفَرْقُ أنّه وُجِدَ بعد الحَبْس قرينةٌ، وهو تحمُّل شِدّةِ الحَبْس ومُضايَقَتِهِ، وذلك دليلُ إعساره، ولم يوجد ذلك قَبْلَ الحَبْس.

وقيل: تُقْبَلُ في الحالتين.

(وإن قامت البَيِّنةُ على يَساره أَبَّدَ حَبْسَه)؛ لظُلْمِه.

واختلفوا في مدَّة الحبس: قيل: شهرين أو ثلاثة، وبعضُهم: قدَّره بشهرٍ، وبعضُهم: بأربعةٍ، وبعضُهم: بستّةٍ، والصَّحيحُ ما ذكرت لك أوّلاً؛ لأنّ النَّاس يختلفون في احتمال الحبس، ويتفاوتون تفاوتاً كثيراً، فيُفَوَّض إلى رأي القاضي[2].

---

(١) وهي المختار؛ لأنَّ البينةَ لا تطلع على إعساره ولا يساره؛ لجواز أن يكون له مال مخبوء لا يطلع عليه الشهود، فلا بُدَّ مِنْ حبسه، ثمّ إذا حبسه القاضي المدة المذكورة وسأل عنه فأخبر بإعساره، أخرجه من الحبس، ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة بل إذا أخبره بذلك ثقةٌ عمل بقوله، والاثنان أحوط، وهذا إذا لم يكن الحال حال منازعة، أما إذا كان بأن ادعى المطلوب الإعسار، وقال الطالب: هو موسر، فلا بُدّ من إقامة البيِّنة، كما في الجوهرة٢: ٢٤٣.

(٢) أي التقدير فيه مفوّض إلى رأي القاضي؛ لاختلاف أحوال الناس فيه، فَمِنَ الناس

قال: **(ويُحْبَسُ الرَّجلُ في نفقةِ زوجتِه)**؛ لأنّه حَقٌّ مستحقٌّ عليه، وقد مَنَعَه ، فيُحْبَسُ لظلمه.

(ولا يحبس والدٌ في دين ولدِه)، وكذا الأَجداد والجَدّات؛ لأنّه ليس مصاحبةً بالمعروف، وقد أُمر بها، **(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه)**؛ لأنّ في ترك الإنفاق عليه هلاكُه، كما لو صال الأبُ على الولد، فللولدِ دفعُه بالقَتل.

وإذا مَرِضَ المحبوسُ، فإن كان له مَن يخدمه في الحبس لم يخرجه، وإلا أخرجه؛ لئلا يهلك.

وإذا امتنع الخَصْمُ من الحُضور عزَّره القاضي بما يَرَىٰ من ضربٍ أو صَفْعٍ أو حَبْسٍ أو تَعْبيسِ وجهٍ على ما يَراه.

فصلٌ

(يُقْبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في كلِّ حَقٍّ لا يَسقُطُ بالشُّبْهة)؛ للحاجة إلى ذلك، وهو العَجْزُ عن الجَمْع بين الخُصُوم والشُّهود، بخلاف ما يَسْقُطُ بالشُّبْهة: كالحدود والقِصاص؛ لشُبهة البَدليّة.

والأصلُ في الجواز: أنّ الكتاب يقوم مَقام عبارة المكتوب عنه وخطابه، بدلالة أنّ كتابَ الله تعالى إلى رسولِه قام مَقام خِطابه له في الأَمر والنَّهي وغيرهما.

مَن يضجره الحبس القليل، ومنهم مَن لا يضجره الكثير، ففوّض ذلك إلى رأي الحاكم، وصحَّحه صاحب «الهداية» والإسبيجابي وقاضي خان، كما في الجوهرة٢: ٢٤٣.

وكذلك كُتُب رسوله ﷺ إلى مَلِكِ الفُرسِ والرُّوم[١]، وإلى نُوَّابه في البلاد، قامت مَقام خِطابه لهم، حتى وَجَبَ عليهم ما أَمرهم به في كُتُبه كما وَجَب بخِطابه.

وإذا ثَبَتَ هذا فنقول:

كتابُ القاضي إلى القاضي كخِطابه له، ولو خاطبه بذلك وأَعلمه صَحّ، فكذلك كتابُه، وهو أن يَشْهَدَ الشُّهود عند القاضي أنّ لهذا على فلان الغائب كذا، فيَكْتُب القاضي إلى القاضي الذي الخَصْم في بلدِه، وهو نَقْلُ الشَّهادة، ولهذا يحكم المكتوبُ إليه برأيه، ولو كانت الشَّهادةُ على حاضر حَكَمَ عليه وكَتَبَ بحُكْمه، وهو السِّجل.

(و)يَكتبُ **(في النِّكاح والدَّين والغَصْبِ والأَمانة المجحودة والمضاربة)**؛ لأنّ ذلك دينٌ يُعْرَفُ بالوَصْف، **(وفي النَّسب)**؛ لأنّه يُعْرَفُ بذكر الأب والجَدِّ والقَبيلة وغير ذلك، **(وفي العَقار)**؛ لأنّه يُعرف بالحُدود.

(ولا يُقبلُ في المَنْقولات)؛ لأنّه يَحْتاج فيها إلى الشَّهادة للإشارة.

(وعن محمّدٍ ﷺ: أنّه يُقبل في جميع المَنْقُولات، وعليه الفتوى)؛ للحاجة إليه، ويُمكن تعريفُه بأَوْصَافه ومِقْدارِه وغير ذلك.

---

(١) فعن أنس ﷺ: «أنّ نبي الله ﷺ كتب إلى كسرى، وإلى قيصر، وإلى النَّجاشي، وإلى كلِّ جبار يدعوهم إلى الله تعالى»، وليس بالنجاشي الذي صَلَّى عليه النَّبي ﷺ، في صحيح مسلم٣: ١٣٩٧.

وعن أبي يوسف ﵁: أنّه يُقْبَلُ في العبد دون الأَمة؛ لكثرة إباقه دونها.

وعنه: أنّه يُقْبَل فيهما.

وصورته: أن يكتبَ أنّهم شهدوا عنده أنّ عَبْداً لفلان، ويَذْكُرُ اسمه وحِلْيَتَهُ وجِنْسَهُ آبقٌ منه، وقد أَخَذَه فلانٌ.

قال: (**ولا يُقبل إلا ببيّنة أنّه كتابُ فلانٍ القاضي**)؛ لأنّه للإلزام، ولا إلزام بدون البيِّنة، ولأنّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ، والبَيِّنةُ تُعَيِّنُه، ويَكتُبُ اسم المَدَّعي والمُدَّعىٰ عليه، ويَنْسبُهُما إلىٰ الأبِ والجَدِّ والفَخِذِ والقَبيلة، أو إلىٰ الصِّناعة، وإن لم يذكر الجَدَّ لم يجز إلا عند أبي يوسف ﵁، وإن كان في الفَخِذِ مثلُه في النَّسب لم يجز، ولا بُدّ من ذِكْر شيءٍ يَخُصُّه ويُعَيِّنُه حتىٰ يزولَ الالتباس.

(**ولا بُدّ أن يكتبَ إلى معلوم**) بأن يقول: من فلان ابنِ فلان ابن فلانِ إلىٰ فلانِ ابنِ فلانِ ابنِ فلانٍ، (**فإن شاء قال بعد ذلك: وإلى كلِّ مَن يَصِلُ إليه من قُضاة المسلمين، وإلا فلا**) حتىٰ يصيرَ المكتوب إليه معروفاً، والباقي يكون تَبَعاً.

(**ويَقْرأُ الكِتاب على الشُّهُود ويُعْلِمُهُم بما فيه**)؛ ليعلموا بما يَشْهَدون، (**ويَخْتِمُه بحضرتهم ويحفظوا ما فيه**)، حتىٰ لو شهدوا أنّه كتابُ فلانٍ القاضي خَتْمُه، ولم يَشْهدوا بما فيه لا تُقْبَلُ؛ لأنّ الخَتْمَ يُشْبه الخَتْم، فمَتَىٰ كان في يَدِ المُدَّعي يُتَوَّهَم التَّبديل.

(**وتكون أَسْماؤهم داخل الكتاب بالأَب والجَدّ**)؛ لنفي الالتباس.

(وأبو يوسف ﷺ: لم يشترط شيئاً من ذلك لمَّا ابتلي بالقَضاء) تَسْهيلاً على النَّاس، **(واختارَه السَّرَخْسي ﷺ، وليس الخَبَرُ كالعِيان)**[١].

قال أبو بَكر الرَّازيُّ ﷺ: ولو كَتَبَ من فلانِ ابنِ فلان ابن فلان إلى كلّ مَن يَصِل إليه من قُضاة المسلمين وحُكَّامِهم ينبغي لكلِّ مَن وَرَدَ الكتاب عليه من القضاة أن يَقْبَلُه؛ لأنّ الخِطابَ جائزٌ لقوم مجهولين، فإنّ رسولَ الله ﷺ كَتَبَ إلى الآفاق ودعاهم إلى الإسلام ولم يَعْرِفْهُم، وكذلك أَمَرنا ونَهانا، وكُنّا مَجْهولين عنده، وصَحَّ خِطابُه ولزمَنا، والقُضاةُ اليوم عليه[٢].

وينبغي أن يكون داخلَ الكتاب اسم القاضي الكاتِب والمكتوب إليه، وعلى العِنوان أيضاً، فلو كان على العِنوان وحده لم تُقْبَل خِلافاً لأبي يوسف؛ لأنّ ما ليس تحت الخَتْم مُتَوَهَّمُ التَّبديل[٣].

---

(١) يعني أن أبا يوسف قبل أن يبتلي بقضاء، قال فيه مثل ما قالا، ولما ابتلي بالقضاء وعاين بما فيه، قال: جميعُ ذلك ليس بشرط تسهيلاً على النَّاس، وإن كان الاحتياطُ فيما قالا، كما في مجمع الأنهر٢: ١٦٦، واكتفى أبو يوسف بأن يشهدهم أنه كتابه وعليه الفتوى، كما في «العزمية» عن «الكفاية»، وفي «الملتقى»: وليس الخبر كالعيان، كما في الدر المختار٥: ٤٣٤.

(٢) وجوَّزه أبو يوسف ﷺ، فإنه توسع بعد ما ابتلي بالقضاء، كما في الغرر والدرر٢: ٤١٤، وفي المحيط٨: ١٣٤: «وأبو يوسف ﷺ توسع حين ابتلي بالقضاء، ورأى أحوال الناس، واستحسن في كثير من المسائل تسهيلاً للأمر على الناس»، وفي البناية٩: ٣٩: «وعليه عمل الناس اليوم».

(٣) وفي الدر المختار والتنوير٥: ٤٣٤: «يكتب عنوانه في باطنه، وهو أن يكتب فيه

قال: (**فإذا وَصَلَ إلى القاضي المكتوبِ إليه نَظَرَ في خَتْمِهِ، فإذا شَهدوا أنّه كتابُ فلان القاضي، سَلَّمَه إلينا في مجلسِ حكمِه وقَرأَه علينا وختمَه، فَتَحَه وقَرأه على الخَصْم وألزمه ما فيه**)؛ لثبوتِ الحقِّ عليه.

(**ولا يَقْبلُه إلا بحضرةِ الخَصْم**)؛ لأنّه للإلزام كالشَّهادة لا يَسْمَعُها إلا بحضرةِ الخَصم، ولا يفتحُه إلا بحضرتِه.

وقيل: يجوز؛ لأنّه ثَبَتَ بحضوره، فلا حاجة إليه حالة الفتح.

قال: (**فإن مات الكاتبُ أو عُزِل أو خَرَجَ عن أهليّة القضاء**) بأن جُنّ أو أُغمي عليه أو غير ذلك (**قبل وصول كتابِه بَطَلَ**)؛ لأنّ الكِتابَ كالخِطاب حالة وصوله، وهو بالموتِ خَرَجَ عن أهليّة الخَطاب، وبالعَزل وغيره صار كغيرِه من الرَّعايا.

(**وإن ماتَ المَكتوبُ إليه بَطَلَ، إلا أن يكون قال بعد اسمه: وإلى كلِّ من يصل إليه من قضاةِ المسلمين**)؛ لما بيّنّا.

(**وإن مات الخصمُ نَفَذَ على ورثتِهِ**)؛ لقيامهم مقامه.

(**وإن لم يَكُن الخَصْمُ في بلدِ المكتوب إليه، وطَلَبَ الطَّالبُ أن يَسْمَعَ بيَّنته ويَكْتُبَ له كتاباً إلى قاضي البَلَدِ الذي فيه خَصْمُه كَتَبَ له**)؛ للحاجة إليه، (**ويَكتُبُ في كتابه نسخةَ الكتاب الأوّل أو معناه**)؛ ليكتب بما ثَبَتَ عنده.

اسمه واسم المكتوب إليه وشهرتهما، فلو كان العنوان على ظاهره لم يقبل، قيل هذا في عرفهم، وفي عرفنا يكون على الظاهر فيعمل به».

فصل

(حَكَّما رَجُلاً ليَحْكُمَ بينهما جازَ)[1]؛ لأنّ لهما ولايةً على أنفسِهما، حتى كان كالقاضي في حَقِّهما والمُصالِحِ في حقِّ غيرهما؛ لأنّ غيرَهما لم يرض بحُكْمِه، وليس له عليه ولايةٌ، بخلاف القاضي.

وصورته: إذا رَدَّ المشتري المَبيع على البائع بعيب بالتَّحكيم، لا يَمْلِكُ الرَدَّ على بائعه؛ لما ذكرنا.

وكذلك إذا حَكَّما في قَتْلِ خطأٍ، فَحَكَمَ بالدِّيةِ على العاقلِة لا يَلْزمُهم؛ لعدم ولايتِهِ عليهم.

(ولا يجوز التَّحكيم فيما يَسْقُطُ بالشُّبهة): كالحُدُود والقِصاص؛ لأنّه لا ولاية لهما على دمِهما، حتى لا يُباح بإباحتِهما.

---

(١) فعن أبي سعيد الخُدْرِي رضي الله عنه، قال: «لما نزلت بنو قريظة على حكم سعد هو ابن معاذ، بعث رسول الله ﷺ وكان قريباً منه، فجاء على حمار، فلَما دنا قال رسول الله ﷺ: قوموا إلى سيدكم، فجاء فجلس إلى رسول الله ﷺ، فقال له: إنَّ هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإنّي أحكم أن تقتل المقاتِلَة وأن تسبى الذرية، قال: لقد حكمت فيهم بحكم المَلِكِ» في صحيح البخاري٣: ١١٠٧، وصحيح مسلم ٣: ١٣٨٨.
وعن عامر، قال: «كان بين عمر وأُبيّ رضي الله عنهما خصومة في حائط، فقال عمر رضي الله عنه: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا، فطرق عمر رضي الله عنه الباب، فعرف زيد رضي الله عنه صوته، ففتح الباب، فقال: يا أمير المؤمنين، ألا بعثت إلي حتى آتيك؟ فقال: في بيته يؤتى الحَكَمُ» ... في السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٢٤٣، وعن الشعبي في مسند ابن الجعد ص٢٦٠.

وقيل[1]: يجوز في القِصاص؛ لأَنهما يَمْلِكَانِهِ، فيَمْلِكَانِ تفويضَه إلى غيرهما، والحدودُ حقُّ الله تعالى، فلا يجوز.

ويجوز في تضمين السَّرَقة دون القَطْع.

(ويُشْتَرطُ أن يكون من أهل القَضاء)؛ لأنّه يَلزَمُهما حكمُه كالقاضي، وتعتبرُ أهليَّتُه وقتَ الحُكْم والتَّحْكيم جميعاً.

(وله أن يَسمعَ البيّنةَ ويَقضي بالنُّكول والإقرار)؛ لأنّه حكمٌ شرعيٌّ، **(فإذا حكمَ لزمهما)**؛ لولايتِه عليهما، **(ولكلٍّ واحدٍ منهما الرُّجوع قبل الحُكْم)**؛ لأنّه إنّما ولي الحُكْم عليهما برضاهما، فإذا زال الرِّضا زالت الوِلاية كالقاضي مع الإمام.

---

(١) وفي «الذخيرة»: تجوز في القصاص؛ لأَنَّه مِنْ حقوق العباد، كما في الجوهرة٢: ٢٤٦.

وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات، كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف، وهو الظاهر عن أصحابنا، وهو صحيح، لكنَّ المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الحلواني ﵁: مسألة حكم المحكَّم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول: ظاهر المذهب أنَّه يجوز إلا أنَّ الإمامَ الأستاذ أبا علي النسفي ﵁ كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به؛ كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا، كما في العناية٧: ٣١٨.

(وإن رُفِع حُكْمُه إلى قاض أَمضاه إن وَافَقَ مذهبَه)؛ لعدم الفائدة في نقضِه، **(وأبطلَه إن خالفَه)**؛ لأنّه لا ولايةَ له عليه، فلا يَلزمه إنفاذُ حُكْمِه، بخلاف القاضي؛ لأنّ ولايتَه عامّةٌ.

(ولا يجوز حُكْمُهُ لَمن لا تُقْبَلُ شَهادتُه له)؛ للتُّهمة[١]، والله أعلم.

---

(١) لأنّه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة، فكذلك لا يصحّ القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم؛ لأنّه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة، فكذا القضاء كما في الهداية٧: ٣٢٠.

كتاب الحَجْر

وهو في اللُّغة: مُطْلَقُ المَنع، ومنه حِجْر الكعبة؛ لأنّه مُنِع من الدُّخُول فيها، وسُمِي الحَرَام حَجْراً؛ لأنّه ممنوعٌ من التَّصرُّف فيه.

وفي الشَّرْع[1]: المنعُ عن أَشْياءٍ مخصوصةٍ بأوصافٍ مخصوصةٍ على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

(**وأسبابُه: الصِّغَرُ والجُنُونُ والرِّقُّ**)[2]؛ لأنّ الصَّغيرَ والمجنونَ لا يَهْتديان إلى المَصالِح، ولا يَعْرفانِها، فناسبَ الحَجْرَ عليهما، والعبدُ تصرُّفُه نافذٌ على مولاه، فلا يَنْفَذُ إلا بإذنِه.

---

(١) الحَجر: هو منعُ نفاذ تصرّف قولي، فإنَّ الحَجر لا يتحقّق في أفعال الجوارح، فالصبي إذا أتلف مال الغير يجب الضمان، وكذا المجنون، كما في الوقاية وشرحها ٥: ٣١.

(٢) فعن ابن عبّاس ﵄، قال: «مَرَّ عليٌّ بن أبي طالب ﵁ بمجنونة بني فلان قد زنت أمر عمر ﵁ برجمها، فردها علي ﵁ وقال لعمر ﵁: يا أمير المؤمنين، أترجم هذه؟ قال: نعم، قال: أوما تذكر أنَّ رسول الله ﷺ قال: (رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبيّ حتى يحتلم)؟ قال: صدقت، فخلَّى عنها» في صحيح ابن حبان ١: ٣٥٦، وسنن أبي داود ٢: ٥٤٥.

قال: (**ولا يجوز تَصَرُّفُ المجنونِ والصَّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ أَصْلاً**)؛ لعدم الأَهليّة.

(**وتَصَرُّف الذي يَعْقِلُ إن أَجازه وليُّه، أو كان أَذِنَ له يجوز**)؛ لأنَّ الظّاهرَ أنَّ الوَليَّ ما أَجاز ذلك إلا لمصلحةٍ راجحةٍ نظراً له، وإلا لَمَا أَجاز.

(**والعبدُ**) مع مولاه: (**كالصَّبيِّ الذي يَعْقِلُ**) مع وليِّه؛ لأنّ الحقَّ للمَوْلى، فإذا أجازَه جاز.

قال: (**والصَّبيُّ والمجنونُ لا يَصِحُّ عقودُهما وإقرارُهما وطلاقُهما وعتاقُهما**)، قال ﷺ: «كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصَّبي والمعتوه»[1]، والعتقُ تمحض ضرراً، ولأنّه تَبَرُّعٌ، وليسا من أهلِه.

وكذلك الإقرارُ؛ لما فيه من الضَّرر.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «كلُّ طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» في سنن الترمذي٣: ٤٨٨، وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوهاً يفيق الأحيان، فيطلق في حال إفاقته»، وشرح مشكل الآثار١٢: ٢٤٣.

وعن عليٍّ وابنِ عباس رضي الله عنهم: «كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه» في مسند ابن الجعد١: ١٢٠.

وكذلك سائر العُقود؛ لرجحان جانب الضَّرر نظراً إلى سفههما، وقلّة مبالاتهما، وعدم قصدهما المَصالِح.

قال: (**وإن أَتْلَفا شَيْئاً لَزمهما**) إحياءً لحقِّ المُتْلَف عليه، والضَّمان يجبُ بغير قَصْد: كجَنَاية النَّائم والحائط المائل، ولأنَّ الإتلافَ موجودٌ حِسَّاً، وهو سببُ الضَّمان، فلا يُرَدُّ إلا في الحدودِ والقِصاص، فيُجعل عدمُ القَصْد شبهةً، ويَنْقَلِبُ القتلُ في العَمْد إلى الدِّية على ما يُعْرَفُ في بابِهِ إن شاء اللهُ تعالى.

قال: (**وأقوالُ العبدِ نافذةٌ في حقِّ نفسِهِ**)؛ لأهليتِهِ، (**فإن أَقَرَّ بمالٍ لزمه بعد عتقُه**)؛ لعَجْزه في الحال، وصار كالمُعْسِر، (**وإن أقرَّ بحدٍّ أو قِصاص أو طَلاق لزمه في الحال**)؛ لأنَّه في حقِّ الدَّم مبقى على أصل الحرية، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى عليه بذلك ولا يُسْتباح بإباحتِه.

وأمّا الطّلاق؛ فلقوله ﷺ: «لا يَمْلكُ العبدُ إلا الطَّلاق»[1]، ولأنّه أهل، ولا ضرر فيه على المولى فيقع.

قال: (**وبُلُوغُ الغُلام بالاحتِلام أو الإحْبال، أو الإنزال، أو بُلُوغ ثَماني عَشْرَة سَنةً، والجاريةُ بالاحتِلام، أو الحَيْض، أو الحَبَل، أو بُلُوغ سبعةَ عشرة سنةً**)؛ لأنّ حقيقةَ البُلُوغ بالاحتِلام والإنزال، قال ﷺ: «خذ من كلّ حالم

---

(١) فعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: «أتى النّبيّ ﷺ رجل، فقال: يا رسول الله، إنّ سيدي زوَّجني أَمته، وهو يُريد أن يُفرِّق بيني وبينها، قال: فَصَعَدَ رسول الله ﷺ المنبر، فقال: يا أيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» في سنن ابن ماجة١: ٦٧٢، وسيأتي تمام الكلام عليه في كتاب الطلاق.

وحاملة ديناراً»[١]: أي بالغ وبالغةٍ، والحَبَلُ والإحبال لا يكون إلا به، والحَيْضُ علامةُ البُلُوغ أيضاً، قال ﷺ: «لا صَلاةَ لحائضٍ إلا بخِمار»[٢]: أي بالغ.

وأمّا البُلُوغ بالسِّنّ، فالمذكورُ مذهبُ أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقالا: بلوغُهما بتمام خمسَ عشرةَ سنةً؛ لأنّه المعتاد الغالب، وعن ابن عُمر رضي الله عنهما، قال: «عُرضتُ على النَّبيِّ ﷺ وأنا ابنُ أَربعَ عشرةَ سنةً فرُدَّني، وعُرِضَتُ عليه في السَّنة الثَّانية فأَجازني»[٣].

وله: قوله تعالى: {وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ} [الأنعام: ١٥٢]، قال ابنُ عَبَّاس رضي الله عنهما: «ثماني عشرةَ سُنةً»[٤]، وهي أقلُّ ما قيل

---

(١) فعن معاذ رضي الله عنه، قال: «بعثني النّبي ﷺ إلى اليمن، فأمرني أن آخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعاً أو تبيعة، ومن كلّ أربعين مسنة، ومن كلِّ حالم ديناراً، أو عدله معافر» في سنن الترمذي٣: ١١، وسنن أبي داود٢: ١٠١، وسنن النسائي الكبرى٣: ١٦، وصحيح ابن خزيمة٤: ١٩، وصحيح ابن حبان١١: ٢٤٤.

(٢) سبق تخريجه عن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» في صحيح ابن حبان ٤: ٦١٤.

(٣) فعن ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ عرضه ـ أي: استعرضه مع الجيش ـ يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه، ثم عرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة فأجازني»، قال نافع: فقدمت على عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، وهو خليفة، فحدَّثته هذا الحديث، فقال: «إنَّ هذا لحدّ بين الصغير والكبير، وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة» في صحيح البخاري ٢: ٩٤٨، وصحيح مسلم ٣: ١٤٩٠.

(٤) فعن ابن عباس رضي الله عنهما، في قوله تعالى: {حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ} [الأحقاف: ١٥] قال:

فيه، فأخذنا به احتياطاً، هذا أَشَدُّ الصَّبيِّ، فأمّا أَشدُّ الرَّجل فأَرْبَعون، قال الله تعالىٰ: {حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً} [الأحقاف: ١٥].

والأُنثىٰ أسرعُ بُلُوغاً، فنُقِّصَناها سُنةً.

فأمّا الحديثُ، فالنَّبيُّ ﷺ كان يجيزُ غير بالغ، فإنّه رُوي: «أنّ رجلاً عَرَضَ علىٰ النَّبيِّ ﷺ ابنَه فردّه، فقال: يا رسول الله أَتَرُدُّ ابني وتجيز رافعاً وابني يَصْرَعُ رافعاً؟ فأَمرهما فاصطرعا فصَرَعَه فأجازه»[1].

وأَدْنىٰ مُدّة يُصدَّقُ الغُلامُ فيها علىٰ البُلُوغ اثنتا عشرةَ سنةً، والجاريةُ تسع سنين، وقيل: غير ذلك، وهذا هو المختار[2].

«ثلاث وثلاثون، وهو الذي رفع عليه عيسىٰ ابن مريم ﷺ» في المعجم الأوسط٧: ٥٣.

(١) فعن أم سَمُرَة بن جندب رضي الله عنها: «مات عنها زوجها وترك ابنه سمرة، وكانت امرأة جميلة، فقدمت المدينة، فخطبت، فجعلت تقول: لا أتزوج رجلاً إلا رجلاً يكفل لها بنفقة ابنها سمرة حتىٰ يبلغ، فتزوَّجها رجلٌ من الأنصار علىٰ ذلك، وكانت معه في الأنصار، وكان النبي ﷺ يعرض غلمان الأنصار في كلّ عام، فمَن بلغ منهم بعثه، فعرضهم ذات عام فمرّ به غلام، فبعثه في البعث، وعرض عليه سمرة من بعده فردّه فقال سمرة: يا رسول الله، أجزت غلاماً ورددتني ولو صارعني لصرعته، قال: فدونك فصارعه، قال: فصرعته فأجازني في البعث» في المعجم الكبير ٧: ١٧٧، قال الهيثمي في مجمع الزّوائد ٩٦٢١: «رواه الطبراني مرسلاً، ورجاله ثقات».

(٢) قال برهان الأئمة البرهاني: «وبه يفتىٰ»، وقال النسفي: «ويفتىٰ بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة»، وقال صدر الشريعة: «فإن لم يوجد الاحتلام والحيض والحبل

(وإذا راهقا وقالا: بَلَغْنا صُدِّقا)؛ لأنّ ذلك لا يُعرف إلا من جهتِهما، فيُصَدَّقان فيه إذا احتمل الصِّدق.

قال: (ولا يُحْجَرُ على الحُرِّ العاقل البالغ، وإن كان سَفيهاً يُنْفِقُ ماله فيما لا مَصْلحةَ له فيه).

وقالا[1]: يُحجرُ عليه، ويُمنع من التَّصرُّف في مالِه نظراً له؛ لأنّا حجرنا على الصَّبيِّ لاحتمال التَّبذير، فلأن نَحجُرَ على السَّفيه مع تَيَقُّنِهِ كان أَوْلى، ولهذا يُمْنَعُ عنه ماله، ولا فائدة فيه بدون الحَجْر؛ لأنّه يُمكنه التَّبذير بما يَعْقِدُه من البِياعات الظّاهرة الخُسران، وقد رُوي: «أنّه ﷺ باع على معاذ ماله وقضى

فحتى يتم لهما خمس عشرة سنة، به يفتى»، وقال ابن ملك: «وقولهما رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وعليه الفتوى»، كما في التصحيح ص٢٤٣.

(١) وبقولهما يفتى، كما في التنوير والدر٦: ١٤٨، وفي رد المحتار٦: ١٤٨: «صرح قاضي خان في كتاب الحيطان بأن الفتوى على قولهما، وهو صريح فيكون أقوى من الالتزام، كذا قال الشيخ قاسم في «تصحيحه»: ومراده أن ما وقع في المتون من القول بعدم الحجر على الحر مصحح بالالتزام، وما وقع في قاضي خان من التصريح بأن الفتوى على قولهما تصريح بالتصحيح، فيكون هو المعتمد، وجعل عليه الفتوى مولانا في «فوائده» «منح»، وفي «حاشية الشيخ صالح»، وقد صرَّح في كثير من المعتبرات بأنّ الفَتوى على قولهما، وفي القُهُستانيّ عن التَّوضيح أنّه المُختار، اهـ، وأفتى به البَلخي وأبو القاسم كما ذكره في «المنح» عن «الخانية»».

دُيُونَهُ»[١]، «وباع عمر ﵁ مال أُسَيْفِعِ جُهَيْنَة[٢] لِسَفَهِه»[٣].

ولأبي حنيفة ﵁: ما رُوي: «أنّ حَبَّان بن مُنْقِذ كان يُغْبَنُ في البياعات فطلب أولياؤه من النَّبيّ ﷺ الحَجْر عليه، فقال له: إذا ابتعتَ فقل: لا خِلابةَ، وليَ الخيارُ ثلاثةَ أيّام»[٤]، ولم يُحجَر عليه.

---

(١) فعن كعب بن مالك ﵁: «إنَّ النبي ﷺ حَجَر على معاذ بن جبل ﵁ ماله وباعه في دَين كان عليه» في السنن الصغرى ٤: ٤٣٠، ومعرفة السنن ١٠: ٥٦، والمستدرك ٢: ٦٧، وصححه، والمعجم الأوسط ٦: ١٠٥.

(٢) وهو أُسَيْفَع الجهني، صحابي جليل أدرك النبي ﷺ، كان يشتري الرواحل، فيغالي بها، ثم يسرع السّير، فيسبق الحاجّ، فأفلس، فرُفع أمره إلى عمر ﵁. ينظر: الإصابة ١: ٣٤٣.

(٣) فعن عمر ﵁، قال: «أيها الناس، إياكم والدَّيْن، فإنَّ أوله همٌّ وآخره حزنٌ، وإن أُسَيْفع جُهَيْنة قد رضي من دِينه وأمانته أن يُقَال: سَبَقَ الحاجَّ، فادَّانَ مُعْرِضاً فأصبح قد رِينَ به، إلاّ أني بائعٌ عليه ماله وقاسمٌ ثمنه بين غرمائه بالحصص، فمن كان له عليه دين فَلْيَغْدُ» في الموطأ ٢: ٧٧٠، ومشكل الآثار ٩: ٣٠٩، والسنن الصغرى ٤: ٤٣٢، وغيرها. فلم يُنْكِر عليه أحد من الصحابة، فكان هذا اتفاقاً منهم على أنه يُبَاع على المديون ماله. وقوله فادَّانَ مُعْرِضاً: أي استدان مُعْرِضاً: وهو الذي يعترض الناس فيستدين ما وجد، ممّن وَجَد، مهما أمكنه، ولا يبالي ممّن تبعه. وقوله: رِيْنَ: أي غلب، يُقَال: رِين بالرجل رَيناً: إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، ومنه قوله تعالى: {كَلاَّ بَلْ رَانَ عَلَىٰ قُلُوبِهِم مَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ} [المطففين: ١٤]، كما في البناية ١١: ٩٣.

(٤) سبق تخريجه عن ابن عمر ﵄: أنَّ رجلاً ذكر للنبي ﷺ، أنَّه يخدع في البيوع، فقال:

ولأنّه مخاطبٌ فلا يحجر عليه كالرَّشيد، ولأنّه لا يُدفع الضَّررُ عنه بالحجر، فإنّه يَقْدرُ على إتلافِ أموالِه بتزويج الأَربع وتطليقهنّ قبل الدُّخول وبعده في كلِّ يوم ووقت، ولا معنى للحَجر عليه لدفع الضَّرر عنه، ولا يَنْدَفع، ولأنّ الحَجْرَ عليه إهدارٌ لآدميتِه، وإلحاقٍ له بالبَهائم، وضرره بذلك أَعْظم من ضرره بالتَّبذير وإضاعةِ المال، وهذا ممَّا يعرفه ذوو العُقول والنُّفوس الأَبية، ولا يجوز تحمل الضَّرر الأعلى؛ لدفع الضَّرر الأدنى، حتى لو كان في الحَجْر عليه دفع الضَّرر العام جاز: كالمفتي الماجن، والطَّبيب الجاهل، والمُكاري المُفلس؛ لعموم الضَّرر من الأوّل في الأَديان، ومن الثَّاني في الأَبدان، ومن الثَّالث في الأموال.

وأمَّا حديث مُعاذ ﵁ قُلنا: إنّما باع ماله برضاه؛ لأنّ معاذاً ﵁ لم يكن سَفيهاً، وكيف يُظنُّ به ذلك، وقد اختاره ﷺ للقَضاء وفَصْل الحُكم، وكذلك بيع عُمر ﵁، وقيل: كان بيعُ الدَّراهم بالدَّنانير، وأنّه جائز.

والحَجرُ عليه أبلغ عقوبةً من مَنْع المال، فلا يُقاس عليه.

ومنعُ المال عنه مُفيدٌ؛ لأنّ غالبَ السَّفه يكون في الهِبات والنَّفقات فيما لا مَصلحةَ فيها، وذلك إنّما يكون باليد.

وإذا حَجَر عليه القاضي ورُفِع إلى قاض آخر فأَبْطَلَه جاز؛ لأنّ القَضاءَ الأَوَّل مختلفٌ فيه، ولا قَضاءَ في مختلفٍ فيه، فلو أَمْضاه الثَّاني، ثمّ رَفَعَ إلى ثالثٍ لا ينقضُه؛ لأنّ الثّاني قَضى في مختلفٍ فيه فلا يَنْقُض.

«إذا بايعت فقل لا خَلابة» في صحيح البخاري ٣: ٦٥

ثم عند أبي يوسف ﷺ: إن كان مُبذراً استَحقَّ الحجرَ، فيَنْفَذُ تصرُّفُه ما لم يَحْجِرْ عليه القاضي، فإذا صَلَحَ[1] لا يَنْطَلِقُ إلا بإطلاقِه.

وقال محمَّدٌ ﷺ: تبذيرُه يَحْجِرُه وإصلاحُه يُطْلِقُه نَظَراً إلى المُوجِب وزَواله.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّه فصلٌ مجتهدٌ فيه فلا بُدّ من القَضاء ليترجَّح به.

(ثمّ) عند أبي حَنيفة ﷺ (**إذا بلغ غيرَ رشيد لا يُسلَّم إليه ماله**)؛ لعدم شرطه، وهو إيناسُ الرُّشد بالنَّص، (**فإذا بَلَغَ خمساً وعشرين سَنةً سُلِّم إليه مالُه، وإن لم يُؤنس رشدُه، وإن تَصَرَّفَ فيه قبل ذلك نَفَذَ**).

وقالا: لا يُدْفَعُ إليه مالُه حتى يؤنسُ رُشْدُه بالنَّصِّ، ولا يجوز تَصَرُّفُهُ فيه؛ لأنّ علّةَ المنع السَّفه، فيبقى ببقائِه.

ولأبي حنيفة ﷺ قوله تعالى: {وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ} [النساء: ٦]، وهذا إشارةٌ إلى أنّه لا يمنع عنه إذا كبر.

وقدَّره أبو حنيفة ﷺ بهذه المدّة؛ لأنّ الغالبَ إيناسُ الرُّشد فيها، ألا ترى أنّه يصلح أن يكون جَداً، وعن عُمر ﷺ أنّه قال: «ينتهي لُبُّ الرَّجل إلى خمس

(١) أي زال السَّفَه عنه، وهذا زواله عند أبي يوسف ﷺ يكون بإطلاق من القاضي، فكما لا ينحجر إلا بحجره، لا ينطلق إلا بإطلاقه، وعند محمد ﷺ: زوال الحجر على السَّفيه بظهور رشدِّه؛ لأنّ الحجر كان بسفهه، فانطلاقه يكون بضدِّه، وهو رشده، كما في البدائع ٧: ١٧٣.

وعشرين سنة»، وفَسَّر الأَشد بذلك في قوله تعالى: {حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ} [الأنعام: ١٥٢]، وتصرّفُه قَبْل ذلك نافذٌ؛ لأنّ المنعَ عنه للتَّأديب لا للحَجْر، فلهذا نَفَذَ تصرُّفُه فيه.

ثمّ نُفَرِّعُ المسائل على قولهما فنقول:

إذا حَجَرَ القاضي عليه صار في حُكِم الصَّبيِّ، إلاّ في أشياء، فإنّها تصحُّ منه كالعاقل، وهي: النِّكاحُ، والطَّلاقُ، والعِتاقُ، والاستيلادُ، والتَّدبيرُ، والوَصِيَّةُ، مثل وصايا النَّاس، والإقرارُ بالحُدُود والقِصاص؛ لأنّه من أهل التَّصرُّفات؛ لكونه مُخاطباً.

أمّا النِّكاح، فهو من الحوائج الأَصلية، ويلزمُ بمثل مَهْر المِثْل؛ لأنّه لا غَبْنَ فيه، ويَبْطُلُ ما زاد عليه؛ لأنّه تصرَّف في المال، وصار كالمريض المديون.

وإن كانت المرأة سفيهةً فزوَّجت نفسَها من كفءٍ بأقلَّ من مهر المِثْل جاز، فإن كان أَقلَّ بما لا يَتَغابن فيه النَّاس، ولم يَدْخُل بها، يُقال للزَّوج: إمّا أن تتمَّ لها أو تُفارقها؛ لأنّ رضاها بالنّقصان لم يصحّ، ويُخيّر الزَّوج؛ لأنّه ما رَضِي بالزِّيادة، وإن دَخَلَ بها لم يُخيّر ووجب مهر المِثْل، فلا فائدة في التَّخيير.

وأمّا الطَّلاقُ، فلقوله ﷺ: «كلُّ طلاقٍ واقعٍ إلا طَلاق الصَّبيّ والمعتوه»[1]؛ ولأنّ كلّ مَن ملك النِّكاح وقع طلاقُه.

---

(١) سبق تخريجه عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «كلُّ طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» في سنن الترمذي٣: ٤٨٨.

والعتقُ لوجودِ الأَهليّة، ويَسْعىٰ العبد في قيمتِهِ لمكان الحَجْر عن التَّبرُّعات بالمال، إلا أنّ العِتقَ لا يَقبل الفَسخ فقُلنا بنفاذه، ووجوب السِّعاية نظراً للجانبين.

وعن مُحمّد ﵁: أنّه لا يَسعىٰ.

وأمّا التَّدبير؛ فلأنّه يُوجب حقّ العِتق، أو هو عِتقٌ من وجهٍ، فاعتبر بحقيقةِ العتق، إلا أنّه لا يَسْعىٰ إلا بعد الموت، فإذا مات ولم يؤنس رشدُه سَعَىٰ في قيمتِهِ مُدبَّراً كأنّه أَعتقه بعد التّدبير.

وأمّا الاستيلادُ، فإن وطئها فولدت وادّعاه ثَبَتَ نسبُه لحاجتِهِ إلىٰ بقاءِ النَّسل، فلا تَسْعىٰ إذا مات.

وكذلك إن أَقرَّ أنّها أُمُّ ولدِه ومعها ولدٌ، وإن لم يكن معها ولدٌ سَعَت في قيمتِها بعد الموت؛ لأنّه متهمٌ في ذلك، فصار كالعِتق.

وأمّا الوَصيّة؛ فالقياسُ أن لا تصحّ؛ لأنّها تبرّعٌ وهبةٌ، لكنّا استحسنا ذلك إذا كانت مثل وَصايا النّاس؛ لأنّها قربةٌ يُتقرَّب بها إلىٰ الله تعالىٰ، وهو محتاجٌ إليها سيما في هذه الحالة.

وأمّا الإقرارُ بالحدودِ والقِصاص؛ فلأنّ الحجرَ عن التَّصرُّف في المال لا غير، وهو عاقلٌ بالغٌ، فيصح إقرارُه فيما لا حَجْرَ عليه فيه.

ويَلزمُه حقوق الله تعالىٰ من الزَّكاة والكَفّارات والحجَّ؛ لأنّه مخاطبٌ، ولا حَجْرَ عن حقوقِ الله تعالىٰ، فتُخْرَجُ عنه الزَّكاة بمحضر من القاضي أو أَمينه احترازاً من أن يَصْرفَها في غير مصرفها.

وأمّا الكفّارات فما للصّوم فيه مدخلٌ، فيكفره بالصَّوم لا غير: كابنِ السَّبيل المُنْقَطِع عن ماله.

ولو أَعتق عن ظهارِهِ نَفَذَ العِتْق وسَعَىٰ في قيمتِه، ولا يُجْزيه عن الظِّهار؛ لأنّه عتقٌ ببدل كالمريض المديون إذا أَعتق عن ظِهاره ثمّ مات يَسْعىٰ العبد للغرماء ولا يُجْزيهِ.

وكذا سائر الكفَّارات.

ولو كَفَّرَ بالصَّوم ثمّ صَلَحَ قَبْلَ تمامه فعليه أن يُكفِّر لزوال العَجْز.

وأمّا الحَجُّ فإنّ القاضي يُسلِّم النَّفقةَ إلىٰ ثقةٍ في الحاجِّ يُنفقُها عليه، ولا يُمْنَعُ من عُمرةٍ واحدةٍ؛ لوجوبها عند بعض العلماء، ولا من القِران؛ لأنّه أفضلُ وأَثْوَبُ، ولأنّه لا يُمْنَعُ من كلِّ واحدةٍ منهما علىٰ الانفراد، فكذا علىٰ الاجتماع، وبل أولىٰ؛ لأنّه أَفْضلُ.

وله أن يسوقَ البَدَنة لمكان الاختلاف، فإنّ عُمر رضي الله عنه فسَّرَ الهَدي بالبَدَنة.

ويَلْزَمُه حقوقُ العباد إذا تحقَّقت أسبابُها عملاً بالسَّبب، وكذلك النَّفقةُ علىٰ زوجتِهِ وولدِهِ وذوي أرحامه؛ لأنّ السَّفه لا يُبْطِلُ حقوقَ العِباد، ولأنّ نفقةَ الزّوجة والأَوْلاد من الحوائج الأصلية.

قال: (**ولا يُحجر على الفاسق**).

أمّا عنده فظاهر، وأمّا عندهما إن كان مُصلحاً لمالِهِ؛ لقوله تعالىٰ: {فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا}[النساء: ٦] الآية، وقد أونس منه نوعُ رشدٍ، وهو

إصلاحُ المال، فيتناوله النَّصّ، ولأنّ الحَجْرَ للفَساد في المال لا في الدِّين، ألا تَرَىٰ أنّه لا يُحْجَر علىٰ الذِّميّ، والكُفْرُ أَعظمُ من الفسق.

قال: **(ولا)** يُحْجَرُ **(على المَدْيون)**؛ لما تقدّم في الحَجْر علىٰ السَّفيه، **(فإن طلبَ غرماؤه حَبْسَه، حبسَه حتى يَبِيعَ ويُوفِّي الدَّين)** علىٰ الوجهِ الذي بيّنّاه في أدب القاضي.

(فإن كان ماله دراهم أو دنانير، والدَّين مثلُه قضاه القاضي بغير أَمره)؛ لأنّ ربَّ الدَّين له أَخْذُه بغير أَمْره، فالقاضي يُعينُه عليه.

(وإن كان أحدُهما دراهم والآخر دنانير أو بالعكس باعه القاضي في الدَّين)، والقياس: أنّه لا يَبِيعُه كالعُروض؛ لأنّه نوعُ حَجْر.

وجه الاستحسان: أنّهما كجَنْسٍ واحدٍ نظراً إلىٰ الثَّمنيّة والماليّة وعدم التَّعيين، بخلافِ العُروض؛ لأنّها مُباينةٌ للدُّيون من كلِّ وجهٍ، والغَرَضُ يَتَعَلَّقُ بعين العُرُوض دون الأَثمان فافترقا.

(ولا يَبيعُ العُرُوض ولا العَقار)؛ لأنّه حَجْرٌ عليه، وهو تِجارةٌ لا عن تَراضٍ.

(وقالا: يَبيعُ، وعليه الفَتْوى)[1].

---

(١) وعليه الفتوىٰ، كذا في «خزانة المفتين»، كما في الهندية٥: ٦٢.

وقال أبو يوسف ومُحمَّد ﷺ: إذا طَلَبَ غُرماء المُفْلِس الحجرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه، ومَنَعَه من التَّصرُّفاتِ والإقرارِ، حتى لا يَضُرَّ بالغُرماء نظراً لهم؛ لأنّه ربّما أَلْجَأَ ماله، فيَفُوتُ حقُّهم.

ولا يُمنعُ من البَيْع بمثل الثَّمن؛ لأنّه لا يُبْطِلُ حقَّ الغُرماء[1].

ويبيعُ ماله إن امتنعَ المَديونُ من بيعِه، وقَسَمَه بين الغُرماء بالحصص[2]؛ لأنّ إيفاءَ الدَّين مستحقٌّ عليه، فيَسْتَحِقُّ عليه البَيْع لإيفائه، فإذا امتنع باع القاضي عليه نيابةً كالجَبِّ والعُنّة[3].

---

(١) والمنع لحقّهم، فلا يمنع منه، كما في عمدة الرعاية ٧: ١٠٥.

(٢) فعن ابن كعب بن مالك ﷺ، قال: «كان معاذ بن جبل ﷺ شاباً جميلاً سمحاً من خير شباب قومه، لا يسأل شيئاً إلا أعطاه، حتى دان عليه ديناً أغلق ماله، فكلّم رسول الله ﷺ أن يكلّم غرماءه ففعل، فلم يضعوا له شيئاً، فلو ترك لأحد بكلام أحد لترك لمعاذ ﷺ بكلام رسول الله ﷺ، قال: فدعاه النبيّ ﷺ فلم يبرح أن باعَ مالَه وقسمه بين غرمائه، قال: فقام معاذ ﷺ ولا مال له» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٨٠، ودلائل النبوة ٦: ٤، والمعجم الكبير ٢٠: ٣٢، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ر٦٧٠٠: «رواه الطبراني في الكبير مرسلاً ورجاله رجال الصحيح».

وعن شريح ﷺ: «أنَّه كان إذا فلس رجلاً قسَّم ما بقي بين غرمائه» في مصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥٣٦.

(٣) أي فإن القاضي ينوب عنه في بيع ماله كما ينوب عن المجبوب ـ وهو مقطوع الذكر ـ والعنين ـ وهو ما لا يستطيع الوصول للنساء مع وجود الآلة ـ في التفريق بينه وبين امرأته.

ولأبي حنيفة ﵁ ما مرّ، وجوابُها: أنّ التَّلجئةَ متوهمةٌ، فلا يبتني عليها حكمٌ متيقَّنٌ، وقضاءُ الدَّين مستحقٌّ عليه، لكن لا نُسَلِّم تعيين البَيْع له، بخلاف الجَبّ والعُنّة، وإنّما يُحبس ليوفي دينَه بأَي طَريق شاء.

ثمّ التَّفريعُ على أصلِهما أنّه يُباع في الدَّين النُّقود، ثمّ العُرُوض، ثمّ العَقار؛ لما فيه من المُسارعةِ إلى قَضاء الدَّين ومُراعاة المَديون، ويُتْرَكُ له ثيابُ بدنِه دَسْتٌ أو دَسْتان.

وإن أَقرَّ في حال الحَجْر بمال لزمه بعد قَضاء الدُّيون؛ لأنّ هذا المال تَعَلَّقَ به حقُّ الأَولين، ولأنّه لو صَحّ في الحال لما كان في الحَجْر فائدةٌ، حتى لو استفاد مالاً بعد الحَجْر نَفَذَ إقرارُه فيه؛ لأنّه لم يَتَعَلَّقْ به حقُّهم.

ولو استهلكَ مالاً لزمه في الحال؛ لأنّه مُشاهدٌ لا رَادَّ له.

ويُنْفِقُ من مالِهِ عليه وعلى زوجتِهِ وأولادِهِ الصِّغار وذوي أرحامِه؛ لأنّها من الحوائج الأَصلية، وأَنَّها مقدَّمةٌ على حقِّهم.

ولو تزوَّج امرأةً، فهي في مهر مثلِها أُسوة بالغُرماء.

قال: (**وإن لم يَظْهَر للمُفْلِس مال، فالحكمُ ما مَرَّ في أدب القاضي**) إلى أن قال: خَلّى سَبيلَه.

قال: (**ولا يَحُولُ بينه وبين غرمائِهِ بعد خُرُوجِهِ من الحَبْس يُلازمُونَه، ولا يَمْنَعونَه من التَّصرُّف والسَّفر، ويأخذون فَضْلَ كَسْبِهِ يَقْتَسِمُونَه بينهم**

بالحِصَصِ)، قال ﷺ: «لصاحب الحقّ اليد واللسان»[1]: أي اليد بالملازمة، واللِّسان بالاقتضاء.

وقال أبو يوسف ومحمّد رضي الله عنهم: إذا فَلَّسه القاضي حال بينه وبين الغُرماء، إلا أن يُقيموا البيِّنة أنّه قد حَصَل له مال، وهذا بناءً على صحّةِ القضاء بالإفلاس، فيصحّ عندهما فيَسْتَحقُّ الإنظار.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يَصِحُّ؛ لأنّ الإفلاسَ لا يَتَحَقَّقُ، فإن المالَ غادٍ ورائح، ولأنَّ الشَّهادةَ شهادةٌ على العَدَم حقيقةً، فلا تُقْبَل، ولأنّ الشّهودَ لا يَتَحقَّقون باطنَ أحوالِ النَّاس وأمورهم، فرُبَّما له مالٌ لا يَطَّلعُ عليه أحدٌ، قد أخفاه من الظَّلمة واللُّصوص، وهو يُظْهِرُ الفَقْرَ والعُسْرَة، فإذا لازموه فرُبَّما أضجروه فأَعطاهم.

---

(١) فعن مكحول رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنَّ لصاحب الحقّ اليد واللسان» في سنن الدارقطني ٤: ٢٣٢.

وعن ابن عبَّاس رضي الله عنه، قال: «جاء رجلٌ يطلب نبيّ الله ﷺ بدينٍ أو بحقٍّ، فتكلَّم ببعض الكلام، فَهَمَّ صحابة رسول الله ﷺ به، فقال رسول الله ﷺ: مَهْ، إنَّ صاحبَ الدَّين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه» في سنن ابن ماجه ٢: ٨١٠.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه: «إنَّ رجلاً أتى النبي ﷺ يتقاضاه، فأغلظ، فَهَمَّ به أصحابه، فقال رسول الله ﷺ: دعوه فإنَّ لصاحب الحق مقالاً، ثم قال: أعطوه سناً مثل سنه، قالوا: يا رسول الله، لا نجد إلا أمثل من سنّه، فقال: أعطوه، فإنَّ مِن خيركم أَحْسَنُكم قضاءً» في صحيح البخاري ٢: ٨٠٩، وصحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وغيرهما.

والملازمةُ أن يَدُورَ معه حيث دارَ، ويجلسُ على بابه إذا دَخَلَ بيتِه، وإن كان المديون امرأةً لا يُلازمها حذاراً من الفِتْنة ويَبْعَثُ امرأة أَمينةً تُلازمُها.

وبيّنةُ اليَسار مُقَدَّمةٌ على بَيِّنَةِ الإعسار؛ لأنّها مثبتةٌ؛ إذ الأَصل الإعسار.

كتاب المأذون

الإذنُ في اللُّغة: الإعلام[1]، قال الله تعالى: {وَأَذِّن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ} [الحج: ٢٧]: أي أعلم، ومنه الأَذان؛ لأنّه إعلام بوقت الصَّلاة.

وفي الشَّرع[2]: فَكُّ الحَجْر وإطلاقُ التَّصرُّف لِمَن كان ممنوعاً عنه شَرعاً، فكأنّه أَعْلَمَه بفكِّ الحجر عنه وإطلاقِ تَصَرُّفِه، وأَعلم التُّجار بذلك ليعاملوه.

---

(١) الإذن لغة: في رد المحتار٦: ١٥٥: «قال الطوري: قال شيخ الإسلام في مبسوطه: الإذن هو الإطلاق لغةً؛ لأنَّه ضد الحجر، وهو المنع، فكان إطلاقاً عن شيء إلى شيء، اهـ، وفي النهاية: الإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه، وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه، من أذن له في الشيء إذناً، وأبعد الإمام الزيلعي في التبيين ٥: ٢٠٤ حيث قال: إنَّه الإعلام، ومنه الأذان، وهو الإعلام؛ لأنَّ الإذن من أذن في كذا: إذا أباحه، والأذان من أذن بكذا: إذا أعلم...الخ، وفي حاشية أبي السعود رضي الله عنه: وقال قاضي زاده رضي الله عنه في التكملة: لم أر قطّ في كتب اللغة مجيء الإذن بمعنى الإعلام».

(٢) اصطلاحاً: الإذن فك الحجر وإسقاط الحق، كما في الوقاية ٥: ٣٥، قال صاحب شرح الوقاية٥: ٣٥: «اعلم أنَّ الأصل في الإنسان أن يكون مالكاً للتصرّفات، فإذا عرض له الرق وتعلَّق به حقّ المولى صار مانعاً؛ لكونه مالكاً للتصرّف، فإذا أسقط المولى حقّه المانع عن التصرف وأزال حجره، أي: منعه عن التصرف فهو الإذن، فيتصرف

وفائدتُه: اهتداءُ الصَّبيِّ والعَبْد إلى إصدارِ التَّصرُّفاتِ واكتسابِ الأَمْوال واستجلابِ الأَرباحِ، وقد نَدَبَ اللهُ تعالى إلى ذلك بقوله: {وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ} [النساء: ٦]: أي اختبروهم بشيءٍ تَدْفَعونَه إليهم ليَتَصرَّفوا فيه، فتَنْظروا في تصرُّفهم، والدَّليل على جوازه ما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يجيب دعوةَ المملوك»[1]، ولا يجوز إجابة دعوة المحجور عليه، فدلَّ على جَواز الإذن، وعليه الإجماع.

ثمّ العبدُ بالإذن يصيرُ كالأَحرار في التَّصرُّفات؛ لأنّه كان مالكاً للتَّصرُّفات بأَهليتِه بأصل الفطرة، باعتبار عقله ونطقه الذي هو ملاك

العبد لنفسه بأهليته، فإنَّه ليس بتوكيل، والوكيل هو الذي يتصرَّفُ لغيره، ولا يرجع بالعهدة على سيده، فإنَّه إذا اشترى شيئاً لا يطلب الثمن من المولى لكونه مشترياً لنفسه، بخلاف الوكيل فإنَّه يطلب الثمن من الموكل؛ لأنَّه اشترى للموكل، ولا يتوقَّت إسقاط الحق بخلاف التوكيل فإنَّه يتوقت».

(١) فعن أنس رضي الله عنه: «كان رسول الله ﷺ، يعود المريض، ويشيع الجنازة، ويجيب دعوة المملوك، ويَركب الحمار، وكان يوم قريظة، والنضير على حمار، ويوم خيبر على حمار مخطوم برسن من ليف، وتحته إكاف من ليف» في سنن ابن ماجة٢: ١٣٩٨، والمستدرك٢: ٥٠٦، وصححه، ومسند البزار١٤: ٨٣، ومسند ابن الجعد١: ١٣٣، ومسند الطيالسي٣: ٦٠٦.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «كان رسول الله ﷺ يجلس على الأرض، ويأكل على الأرض، ويعتقل الشَّاة، ويجيب دعوة المملوك على خبز الشعير» في المعجم الكبير١٢: ٦٧، وشعب الإيمان١٠: ٤٨٦.

التَّكليف، والحجر عليه إنّما كان لحقِّ المولى لاحتمال لحوق الضَّرر به بتعلُّق الدَّين برقبتِه أو بكسبِه، وكلُّ ذلك ملك المولى، فإذا أَذِن له فقد رضي بتصرُّفِهِ فيتصرّفُ باعتبار مالكيتِهِ الأَصلية،ولهذا قُلنا: إنّه لا يتوقَّتُ؛ لأنّ الإسقاطاتَ لا تتوقَّت حتى لو أَذِن له يوماً أو شهراً كان مأذوناً مُطلقاً ما لم ينهه.

وكذلك إذن القاضي والوصي لعبدِ اليتيم، وكذلك للصَّبيّ الذي يَعْقِل، فإن الحجرَ عليه إنّما كان خَوفاً من سوءِ تصرُّفه وعدمِ هدايتِه للأَصلح، فإذنهما لهما دليلُ صلاحيّة التَّصرُّف، فجاز تصرُّفُه.

(ويثبتُ بالصَّريح وبالدَّلالة كما لو رآه يَبيع ويَشْتري فَسَكت، وسَواء كان البَيْعُ للمُولى أو لغيره بأَمره أو بغير أَمره صَحيحاً أو فاسداً)؛ لأنّ سكوتَه عند هذه التَّصرُّفات دليلُ رضاه، كسكوتِ الشَّفيع عند تَصرُّف المُشتري.

وقال زُفر ﷺ: لا يثبتُ بالدَّلالة؛ لأنَّ سكوتَه محتملٌ، وصار كالوَكيل.

ولنا: أنّ النَّاسَ إذا رأوه يَتَصَرَّفُ هذه التَّصرُّفات، والمولى ساكتٌ يعتقدون

رضاه بذلك، وإلا لمنعه، فيعاملونه معاملةَ المأذون، فلو لم يعتبر سكوته رضى يُفضي ذلك إلى الإضرار بهم، فوَجَبَ أن يكون سكوتُه رضى دفعاً للضَّرر عنهم.

قال: **(ويَصيرُ مأذوناً بالإذن العَامِّ والخاصِّ)**، فالعامُّ أن يقول لعبده: أذنت لك في التَّجارة، وأَذنت لك في البَيِّع والشِّراء، ولا يُقيِّده بشيءٍ؛ لأنّ ذلك عامٌّ، فيتناول جميع الأنواع.

وكذلك إذا قال: أدّ إليّ الغَلّة، أو إن أَدَّيت إليّ ألفاً فأنت حرٌّ؛ لأنّه لا قُدْرةَ على ذلك إلا بالكسب، ولا كسبَ إلا بالتِّجارة.

ويجوز تصرُّفُه بالغُبْن.

وقالا: لا يجوز إذا كان غُبْناً فاحشاً؛ لأنّ الزِّيادة بمنزلة التَّبرُّع.

وله: أنّه يتصرَّفُ بأَهليتِهِ كالحُرِّ، وهذه تجارةٌ فتجوز، والصَّبيُّ المأذونُ على هذا الخلاف.

والخاصُّ أن يأذنَ له في التِّجارة في نوع خاصّ بأن يقول له: أَذنت لك في البَرِّ أو في الصَّرف أو في الخِياطة أو في الصِّياغة، فإنّه يصير مأَذوناً في جميع التِّجارات والحِرَف.

وكذلك إذا نَهاه عن التِّجارة في نوع خاصٍّ.

وكذلك لو قال: أَذِنت لك في التِّجارة في البَرّ دون البحر.

وقال زُفر رضي الله عنه: يختصُّ بما قَيَّدَه به؛ لأنّه يستفيدُ التَّصرُّف بإذنه كالوكيل.

ولنا: ما بيَّنّا أنّه فكُّ الحَجر ورفعُ السَّبب الذي كان لأَجله محجوراً، فبعده يتصرَّفُ لنفسه بأهليتِه كما بعد الكتابة، وفَكُّ الحَجْر يوجد بالإذن في نوعٍ واحدٍ؛ لأنّ الضَّرر الذي يلحق بالمولى لا يتفاوت بين نوع ونوع، فيلغو التَّقييد، ويبقى قوله: اتّجر، وليس كالوَكيل؛ لأنّه يصحُّ بقوله: أَذِنت لك في التِّجارة، ولا يصحُّ التَّوكيلُ به؛ لأنّه مجهولٌ.

أمّا رفعُ الحجر إسقاطُه، والجهالةُ لا تُبْطلُه، ولا يَرْجِعُ على العبد بالعُهْدة في تصرُّفاتِهِ ويرجعُ على الوكيل، ولو اقتصر على قوله: أذنت لك صَحّ، وفي التَّوكيل لا يصحّ.

والصَّبيُّ يَتَصَرَّفُ لنفسه في مالِه، فلا يكون نائباً.

قال: (**ولو أَذِن له بشراءٍ طَعام الأكل وثيابِ الكِسْوةِ لا يَصيرُ مأذوناً**)؛ لأنّه استخدامٌ وليس بتجارةٍ؛ لأنَّ التِّجارةَ ما يطلبُ منه الرِّبح، ولأنّه لو اعتبرناه إذناً، أدّى إلى سدِّ باب الاستخدام، وفيه من الفَسادِ ما لا يخفى.

قال: (**وللمأذون أن يَبيعَ ويشتري**)؛ لأنّه أصلُ التِّجارة، (**ويوكِّلَ**)؛ لأنّه قد لا يُمكنُه المُباشرةِ بنفسِهِ في بعضِ الأَحوال، (**ويُبْضعَ ويُضاربَ**)؛ لأنّ ذلك من التِّجارة، (**ويُعيرَ**)؛ لأنّ ذلك من أفعال التُّجار، (**ويَرْهنَ ويَسترهنَ**)؛ لأنّه وفاءٌ واستيفاءٌ، وهما من توابع البَيع، (**ويُؤجرَ ويَستأجرَ ويُسْلِمَ ويَقْبَلَ السَّلَم**)؛ لأنّ كلَّ ذلك من صَنيع التِّجار.

(**ويُزارعَ ويَشتري طَعاماً ويَزْرَعَه**)؛ لأنّه تجارةٌ يقصدُ بها الرِّبح، (**ويُشاركَ عناناً**)؛ لأنّها من أَفعال التُّجار، وله أن يؤاجر نفسَه؛ لأنّه يحصل به الرِّبحَ والاكتسابَ، وهو المقصود.

(**ولو أقرَّ بدين أو غصب أو وديعة جاز**)؛ لأنّه لو لم يصحّ لامتنع النّاس من معاملتِه، ولأنّ الغَصبَ مبادلةٌ.

(**ولا يَتَزَوَّجَ**)؛ لأنّه ليس من التَّجارة، فلو تزوَّجَ أُخذ بالمهر بعد الحرية، (**ولا يُزوِّج مماليكه**).

وقال أبو يوسف ﵁: يُزوِّجُ الأمَةَ؛ لأنّه نوعُ تجارةٍ، وهو وجوبُ نفقتِها على غيره، بخلاف العبدِ؛ لأنّه يوجب عليه نفقةَ زوجته.

ولهما: أنّه ليس تجارة، ولهذا لا يملكه في العبدِ، ونفقتُها ليست بتجارةٍ، ولأنّ الزَّواجَ عَيْبٌ في الأَمة.

(**ولا يُكاتب**)؛ لأنّه إطلاقٌ، وليس بتجارةٍ.

(**ولا يَعتق**) بمال، ولا بغير مال.

(**ولا يُقْرض، ولا يَهَبُ**) بعوضٍ ولا بغير عوض، (**ولا يَتَصَدَّقُ**)؛ لأنَّ ذلك تَبَرَّعٌ ابتداءً، أو ابتداءً وانتهاءً وليس من التِّجارات.

(**ولا يَتَكَفَّلُ**) بنفس ولا بمال؛ لأنّه تبرُّع.

قال: (**ويهدي القليل من الطَّعام، ويُضيف معامليه**)؛ لأنّه من صَنيع التُّجار، وفيه استمالة قلوب المعاملين، وقد صحّ أنه ﷺ «قبل هدية سلمان الفارسي، وكان عبداً».

وقال مُحمّد ﵁: يَتَصدَّقُ بالرَّغيف ونحوه ، ولم يُقدِّر محمّدٌ ﵁ الضِّيافة اليَسيرة.

وقيل: ذلك على قَدْر مال التِّجارة، إن كانت نحو عشرةَ آلاف، فالضِّيافة بعشرةٍ، وإن كانت تجارتُه عشرةَ دراهم فدانق كثيرٌ.

وله أن يحطَّ من الثَّمن بعيبٍ كعادة التُّجار، ولعلَّه أصلح من الرِّضا بالعَيب، ولا يحطُّ بغير عيبٍ؛ لأنّه تبرُّعٌ.

قال: (**ويَأَذن لرقيقِه في التِّجارة**)؛ لأنّه نوعٌ تجارةٍ، والأُصلُ أنّ كلَّ مَن له ولاية التِّجارة يصحُّ إذنُه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والأب والجدّ والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والوصيّ، ولا يجوز ذلك للأمِّ والأخ والعمّ؛ لأنّه ليس لهم ولايةُ التِّجارة.

قال: (**وما يلزمُه من الدُّيون بسبب الإذن متعلِّقٌ برقبتِهِ يُباع فيه، إلا أن يفديه المولى**)؛ لأنّ المولى رَضِي بذلك، فإنّه لو لم يَتَعَلَّقْ برقبتِه كان تَصرُّفه نَفْعاً محضاً، فلا حاجة إلى الإذن.

وإنّما شُرط إذن المولى؛ ليصير راضياً بهذا الضَّرر، ولأنَّ سببَ هذا الدَّين التِّجارة، وهي بإذنه؛ ولأنّ تعلُّقَ الدَّين برقبتِه ممَّا يدعو إلى معاملتِهِ، وأنّه يصلحُ مقصوداً للمولى، فيَنْعَدِمُ الضَّرر في حقِّه، إلا أنّه يَبدأ بكسبِهِ؛ لأنّه أهون.

(**فإن لم يفِ بالدُّيون، فإن فَداه المولى بديونِ الغُرماء انقطع حقُّهم عنه، وإلا يُباع ويُقسمُ ثمنُه بين الغُرماءِ بالحِصَص**)؛ لتعلق حقِّهم به: كتعلُّقِها بالتَّركة.

(**فإن بقي شيءٌ طُولب به بعد الحُريةِ**)؛ لأنّ الدين ثبتَ عليه، ولم تفِ به الرَّقبة، فيبقى عليه إلى وقتِ القُدْرة، وهو ما بعد الحُرية.

قال: (**وإن حَجَرَ المولى عليه لم يَنْحَجِرْ حتى يعلمْ أهلُ سُوقة أو أكثرُهم بذلك**)؛ لأنّهم إذا لم يعلموا يُبايعونه بناءً على ما عَرفوه من الإذن، فلو انحجر

يتضرَّرون بذلك؛ لأنّهم إذا لم يتعلَّق حَقُّهم بكسبِهِ وبرقبتِهِ يتأخر إلى ما بعد الحرية، وقد لا يعتق، فيتضررون إمّا بالتَّأخير أو بالعَدم.

ولو حَجَرَ عليه في السُّوق عند رجل أو رجلين لا يَنْحَجِرُ.

ولو حَجَرَ عليه في البيت عند أهل سُوقة أو أكثرهم انحجر، والمعتبرُ اشتهار الحَجْر عندهم إذا كان الإذنُ مشهوراً، أَمّا إذا لم يَعْلَمْ بالإذن غيرُ العبد، ثمَّ عَلِمَ بالحَجْر انْحَجَرَ.

ولا يزال مأذوناً حتى يَعْلَمَ بالحَجْر كالوَكيل؛ لأنّه يتضَّرر لو انحجر بدون علمِه، لأنّه يلزمُه قضاءُ الدُّيون بعد الحرية، وأنّه ضررٌ به.

قال: (**وإن وَلَدَت المأذونةُ من مَوْلاها فهو حَجْرٌ**) خلافاً لزُفر ﵁.

له: أنّ ذلك لا يَمْنَعُ الإذن ابتداءً، فكذا بقاءً.

ولنا: أنّه يُحَصِّنُها عادةً، فيَمْنَعُها من الخُروج والبُروِز والتَّصرُّفات، فكان حجراً دلالةً، بخلافِ الابتداء، فإنّه صريحٌ في الإذنِ، فلا تُعارضه الدَّلالة.

قال: (**والإباقُ حَجْرٌ**)؛ لأنّه لا يقدرُ على قضاءِ دينِه من كَسبِه، وهو ما أَذِن له إلا بهذا الشَّرط مَقْصوداً.

قال: (**ولو مات المولى أو جُنّ، أو لحق بدار الحَرْب مُرْتداً صار مَحْجُوراً**)؛ لأنّه زال ملكُه عنه بالموت واللَّحاق، ألا تَرىٰ أنّه يَنْتَقِلُ إلى ملكِ ورثتِه، وهو عقدٌ غيرُ لازم، فيَزول بزوال الملك، وبالجنون زالت الأهليّة، فيبطل الإذن

اعتباراً بالابتداء؛ لأنّ ما يلزمُ من التَّصرُّفات يعتبر لدوامِه الأهليّة، كما يُعتبرُ لابتدائه.

قال: (**ويصحُّ إقرارُه بما في يدِه بعد الحَجْر**) سواءٌ أقرَّ أنّه غصبٌ أو أمانةٌ أو أقرّ بدين.

وقالا: لا يصحُّ؛ لأنّ المصحِّحَ كان الإذن وقد زالَ، ولهذا لا يصحّ في حقِّ الرَّقبة، وصار كما إذا باعه من آخر.

وله: أنّ المصحِّحَ اليد، وهي باقيةٌ، ولهذا لا يصحُّ فيما أخذه المولى، وبطلانها؛ لعدم الحاجة، وهي باقيةٌ بدليل إقرارِه، بخلافِ الرَّقبة؛ لأنّها ليست في يدِه، وملك المولى ثابتٌ فيها، فلا يبطل من غيرِ رضاه، وبخلاف البَيع؛ لأنّ الملكَ قد تبَدَّل، فلم يَبْق حكمُ الملك الأوّل.

قال: (**وإذا استغرقت الدُّيون مالَه ورقبتَه لم يَمْلك المولى شيئاً من ماله**)، وهو كالأَجنبيّ لو أَعتق عبيدَه لا يُعتقون، ولو قَتَلَ عبدَه، فعليه قيمتُه على السِّنين.

وقالا: يملكُه المولى، ويُعتقون بإعتاقه، وعليه قيمةُ المقتول في الحال.

لهما: أنّه مَلَكَ رقبتَه حتى جاز عتقه، فيملك كَسْبَه، ولذا يَحِلُّ له وطء المأذونة، وتَعلُّقُ حقّ الغُرماء يمنعُ المولى عن التَّصرُّف فيه، ونقضِه بعد وقوعِه لا في إبطالِ ملكِه.

وله: أنّ الملكَ واقعٌ للمأذون؛ لأنّ سببَ الملك الاكتساب، فيكون أولى به من غيره بالنَّصّ، وإنّما ينتقلُ إلى المولى إذا فَضَلَ عن حاجتِه، والحاجةُ قائمةٌ

في الدَّين المُحيط، والمأذونُ يملكُه؛ لكونه آدمياً مكلّفاً، لكن ملكاً مُنْتَقلاً لا مُسْتَقرّاً كملك المقتول الدِّية والجنين الغُرّة ، ثمّ تنتقلُ إلىٰ ورثتِهِ حتىٰ يكون مَوروثاً عنه، بخلاف ما إذا لم يكن مُستغرقاً؛ لأنّ الإنسانَ قلّ ما يخلو عن قليل الدَّين سيما التُّجار، فلو اعتبرنا القَليلَ مانعاً أدّىٰ إلىٰ سدِّ باب التَّصرُّفات علىٰ المولىٰ، فيَمْتَنِعُ عن الإذنِ.

قال: (**وإن أَعتقه نَفَذَ**)؛ لبقاءِ ملكِهِ فيه، (**وضَمِن قيمتَه للغُرماء، وما بَقِي فعلى العبد**)؛ لأنّ حقَّهم تعلَّقَ برقبتِه، وقد فَوَّتها بالعتق فيَغْرَمُ له قيمتَها، وما فَضَلَ أخذوه من المُعْتَق؛ لأنّه حُرٌّ مديونٌ، وإن شاؤوا ضَمَّنوا المعتَق جميع ديونهم؛ لأنّ حقَّهم تعلَّق برقبتِه، وقد حَصَلَت له فيضمَنُها، وإن كان الدَّين أقلَّ من قيمتِه ضَمِنَ الدَّين؛ لأنّ حقَّهم فيه.

قال: (**ويجوز أن يبيعَه المولى بمثل الثَّمن أو أقلّ**)؛ لأنّه أَجنبيٌّ عن كسبه إذا كان مَديوناً كما بيّنّا ولا تهمةُ فيه، وفيه منفعةٌ للعبد بدخول المبيع في ملكه، فإن باعه وسَلَّمه ولم يقبض الثَّمن سَقَطَ إن كان دَيناً؛ لأنّ المولىٰ لا يثبتُ له دينٌ علىٰ عبدِه، وإن كان الثَّمنُ عَرضاً لا يَسْقط لجواز بقاءِ حقِّه في العين.

قال: (**ويجوز أن يبيعَ من المولى بمثل الثَّمن أو أكثر**)؛ لأنّه كالأجنبيّ، ولا تهمةَ، حتىٰ لو باعه بأقلّ من القيمة لا يجوز للتُّهمة.

ولو باع المولىٰ العبدَ فقبضه المشتري وغيَّبه، فالغُرماءُ إن شاؤوا ضَمَّنوا البائعَ القيمةَ؛ لأنّه أتلف حقَّهم بالبيع والتَّسليم، وإن شاؤوا ضَمَّنوا المشتري بالشَّراء والتَّغييب، وإن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا الثَّمن؛ لأنّ الحقَّ لهم

كالمُرْتَهن، فإن ضَمَّنوا البائع ثم رُدّ عليه بعيبٍ رَجَعَ عليهم بما ضَمِن وعاد حقُّهم إلى العبد؛ لزوال المانع.

كتابُ الإكراه

وهو[1] الإلزامُ والإجبارُ على ما يَكره الإنسان طَبْعاً أو شَرْعاً، فيَقْدِم عليه مع عَدِمِ الرَّضا؛ ليدفع عنه ما هو أَضرُّ منه.

---

(١) الإكراه لغة: عبارة عن إثبات الكُرْه، والكرُه معنى قائمٌ بالمكرَه يُنافي المحبّة والرضا; ولهذا يستعمل كلُّ واحد منهما مقابل الآخر، قال ﷻ: {وعسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم} البقرة: ٢١٦.

وهو نوعان:

الأوّل: التام: وهو يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً: كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو قلَّ الضرب أو كَثر.

والثاني: الناقص: وهو لا يوجب الإلجاء والاضطرار، وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف، ويلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء ـ أعني الحبس والقيد والضرب ـ.

وشرائطه:

١. أن يكون المكرِه قادراً على تحقيق ما أوعد؛ لأنَّ الضرورةَ لا تتحقَّق إلا عند القدرة، وعلى هذا قال أبو حنيفة ﵁: إنَّ الإكراه لا يَتَحقَّقَ إلا مِنَ السلطان؛ لأنَّ غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد؛ لأنَّ المكرَه يستغيث بالسلطان فيغيثه، فإذا كان المكرِه هو

ثمّ قيل: هو مُعتبرٌ بالهَزْلِ المُنافي للرِّضا، فما لا يؤثرُ فيه الهَزل لا يؤثر فيه الإكراه كالطَّلاقِ وأَخواته.

وقيل: هو مُعتبرٌ بخيارِ الشَّرْطُ الخالي عن الرِّضا بموجَبِ العَقد، فما لا يؤثر فيه الشَّرط لا يُؤثرُ فيه الإكراه.

قال: (**ويعتبرُ فيه قدرةُ المُكْرِه على إيقاع ما هَدَّدَه به**)؛ لأنّه إذا لم يكن قادراً عليه لا يَتَحقَّقُ الخوفُ، فلا يَتَحقَّقُ الإكراه، وما رُوِي عن أبي حنيفة ﵁: أنّ الإكراهَ لا يَتحقّقُ إلا من سلطان، فاختلافُ عصر وزمان.

(و)لا بُدّ من (**خَوْفِ المكرَه عاجلاً**)؛ لأنّه لو لم يخفّ فعلَه يكون راضياً، فلا يكون مُكرَهاً؛ لأنّ الإكراهَ ما يَفْعَلُه بغيره، فيَنْتَفي به رضاه، أو يَفْسُدُ عليه

السلطان فلا يجد غوثاً، وقال أبو يوسف ومُحمَّد ﵄: أنَّه يتحقّق من السلطان وغيره؛ لأنَّ الإكراه ليس إلاّ إيعاد بإلحاق المكروه وهذا يتحقَّقُ من كلِّ مُسَلِّط.

فأمّا البلوغ، فليس بشرط لتحقُّق الإكراه، حتّى يتحقّق من الصبيّ العاقل إذا كان مطاعاً مسلّطاً، وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط، فيتحقَّق الإكراه مِنَ البالغ المختلط العقل بعد أن كان مُطاعاً مُسلّطاً.

٢. أن يَقَعَ في غالبِ رأي المكرَه وأكثرِ ظنِّه أنَّه لو لم يُجِب إلى ما دُعي إليه تَحقّق ما أَوْعَد به؛ لأنَّ غالبَ الرأي حُجّة، خُصوصاً عند تعذُّر الوصول إلى التعيّن، حتى أنَّه لو كان في أكثر رأي المكرَه أنَّ المكرِه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً وإن وجد صورة الإيعاد; لأنَّ الضرورةَ لم تتحقّق؛ لأنَّ العبرةَ لغالب الرأي وأكثر الظنّ دون صورة الإيعاد، كما في البدائع ٧: ١٧٦.

اختيارُه مع بقاءِ أصل القَصْد؛ لأنّه طَلَبَ منه أحد الأمرين فاختارَ أحدَهما، فإذا فعلَ برضاه لا يكون مُكرَهاً.

(و)لا بُدّ من (**امتناعِهِ من الفِعْل قَبْلَ الإكراه**)؛ لأنّ الإكراهَ لا يَتحقَّقَ إلّا على فعلٍ يمتنعُ عنه المكرَه، أمّا إذا كان يفعلُهُ فلا إكراه.

ويكون الامتناعُ (**لحقّه**) كبيع مالِه والشِّراء وإعتاق عبده ونحو ذلك، (**أو لحقِّ آدميٍّ**): كإتلافِ مال الغير ونحوه، (**أو لحقِّ الشَّرع**): كالقتلِ والزِّنا وشرب الخَمْر ونحوها؛ لأنّ الامتناعَ لا يكون إلا لأحدِ هذه الأشياء.

(و)لا بُدّ (**أن يكون المكرَه به مُتلِّفاً نَفْساً أو عُضْواً**): كالقتل والقَطع (**أو موجباً غَمّاً يَنْعَدِمُ به الرِّضا**): كالحَبْس والضَّرب، وأحكامُه تختلفُ باختلاف هذه الأشياء، فتارةً يَلْزَمُه الإقدامُ على ما أُكره عليه، وتارةً يُباح له، وتارةً يُرخص، وتارةً يَحرم على ما نبيّنُه إن شاء الله تعالى.

قال: (**فلو أُكره على بيعٍ أو شراءٍ أو إجارةٍ أو إقرارٍ بقتلٍ أو ضَرْبٍ شديدٍ أو حبسٍ، ففعل ثمّ زال الإكراه، فإن شاء أَمضاه، وإن شاء فسَخَه**)؛ لأنّ الملكَ يثبتُ بالعقدِ لصدوره من أهلِه في محلِّه، إلا أنّه فَقَدَ شرط الحلّ وهو التَّراضي، فصار كغيره من الشُّروط المُفسدة، حتى لو تَصرَّفَ فيه تَصرُّفاً لا يَقبلُ النَّقض كالعتق ونحوه ينفذُ وتلزمُه القيمة.

وإن أجازه جاز؛ لوجود التَّراضي، بخلاف البيع الفاسد؛ لأنّ الفَسادَ لحقّ الشَّرع يجوز بإجازتها.

ولا ينقطعُ حَقُّ الاسترداد ههنا، وإن تداولته الأيدي، بخلاف البيع الفاسد؛ لأنّ الفسادَ لحقِّ الشَّرع، وقد تعلَّق بالبيع الثَّاني حقُّ العبد، وهنا أيضاً الرَّدُّ حقُّ العبد، وهما سواء.

ولو أُكره بضربِ سوطٍ، أو حبس يوم، أو قيدِ يوم لا يكون إكراهاً؛ لأنّه لا يُبالي به عادةً، إلا إذا كان ذا منصبٍ يَسْتَضِرُّ به، فيكون إكراهاً في حقِّه لزوال الرّضى.

وأَمّا الإقرارُ فليس بسببٍ، لكن جُعل حجّةً لرجحان جانب الصِّدق، وعند الإكراه يَتَرجَّحُ جانبُ الكذب؛ لدفع الضَّرر.

(**وإن قَبَضَ العِوَضَ طَوْعاً، فهو إجازةٌ**)؛ لأنّه دليلُ الرِّضا كالبَيْع الموقوف، (**وإن قَبَضَه مُكرَهاً فليس بإجازةٍ، ويردُّه إن كان قائماً، فإن هَلَكَ المَبيعُ في يدِ المُشتري، وهو غيرُ مُكْرَهٍ، فعليه قيمتُهُ**)؛ لأنّه بيعٌ فاسد، والمقبوضُ فيه مَضمونٌ بالقيمةِ.

(**وللمكرَه أن يُضمِّن المكرِه**)؛ لأنّه كالآلةِ له، فكأنّه هو الذي دَفَعَه إلى المشتري، فصار كغاصِب الغاصب، فإن ضمِن المُكرِه رَجَعَ على المُشتري؛ لأنّه صار كالبائع، وإن ضَمِن المشتري نَفَذَ كلُّ بيعٍ حَصَلَ بعد الإكراه؛ لأنّه مَلَكَه بالضَّمان، والمَضمونات تُملك بأداء الضَّمان مُستنداً إلى وقتِ القَبْضِ عندنا على ما عُرفَ.

قال: (**وإن أُكرِهَ على طَلاقٍ أو عِتاقٍ ففعل وَقَعَ**)؛ لما بَيَّنا أنّه معتبرٌ بالهَزْل؛ لأنّهما يجريان مَجْرَىٰ واحداً في عدم الرّضا، وقد بيَّنّا أنّ الإكراهَ لا يَسْلِبُ القَصد، فقد قَصَدَ وقوعَ الطَّلاق والعتاق علىٰ منكوحتِهِ وعبدِهِ فيَقَعُ.

(**ويرجعُ على المكرِه بقيمةِ العبد، والولاءُ للمعتِق**)؛ لما بيّنّا أنّه آلةٌ له، فانضاف إليه، فله تَضْمينُه.

(**وفي الطَّلاق بنصفِ المهر إن كان قبل الدُّخول وبما يلزمه من المتعة عند عدم التَّسمية**)؛ لأنّه أكّد ما كان علىٰ شَرَفِ السُّقوط بأن تجيء الفُرقةُ من قبلِها، فكان إتلافاً لهذا القَدْر من المال، فيُضاف إليه، بخلاف ما بعد الدُّخول؛ لأنّ المهرَ تأكيد بالدُّخول.

وهكذا النَّذر واليمين والظِّهار والرَّجعة والإيلاء والفيء باللِّسان؛ لأنّ هذه الأشياء لا تَقْبَلُ الفسخَ، وتصحُّ مع الهَزْل.

والخُلْعُ يمينٌ أو طَلاقٌ، وعليها البَدَلُ إن كانت طائعةً.

ولا شيءَ عليه فيما وَجَبَ بالنَّذر واليَمين؛ لأنّه لا مُطالب له في الدنيا فلا يطلبه فيها.

والنِّكاح كالطَّلاق، فإن كان بمهر المِثْل أو أقلَّ لم يرجع بشيءٍ؛ لأنّه وَصَلَ إليه عِوَضُ ما خَرَجَ من ملكِهِ، وإن كان أكثرَ من مهر المثل بطلت الزِّيادة؛ لأنّ الرِّضا شرطٌ للزوم الزِّيادة، وقد فاتَت.

وإن أُكرهَتْ المرأةُ، فإن كان الزَّوج كفؤاً بمهر المِثْل جازَ، ولا ترجعُ بشيءٍ؛ لما بيّنّا، وإن كان أَقلَّ، فالزَّوج إمّا أن يُتِمَّ لها مهرَ المِثْل أو يُفارقها، ولا

شيءَ عليه إن لم يَدْخُل بها؛ لأنّ الفرقةَ جاءت من قبلها، حيث لم تَرْضَ بالمُسمَّى.

وإن دَخَلَ بها وهي مكرهةٌ، فلها مهرُ مثلِها حيث لم ترضَ بالمُسمَّى، وإن كانت طائعةً، فهو رضى بالمُسمَّى، ويَبْقَى الاعتراض للأَولياء عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما عُرف.

قال: (**فإن أُكره على شُرْب الخَمر أو أكل الميتة أو على الكُفْر أو إتلافِ مال مسلمٍ أو ذميٍّ بالحبس أو الضَّرْب، فليس بمُكْرَهٍ**).

والأصلُ في هذا أنّ شربَ الخَمر وأكلَ الميتة ومالَ الغير مباحٌ في حالة المخمصة، وهو خوفُ فوت النَّفس، قال الله تعالى: {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ} [البقرة: ١٧٣]، فإذا أُكره على ذلك بالضَّرب والحَبْس لا يسعه ذلك؛ لأنّه ليس في معناه، وإذا لم يُبَح بهذا النَّوع من الإكراه لا يُباح الكُفْر؛ لأنّه أعظمُ جريمةً، وأشدُّ حرمةً، وأقبح من هذه الأشياء؛ لأنّ حرمتَها بالسَّمع، وحرمةَ الكفر به وبالعَقل.

(**وإن أكرهه بإتلافِ نفسِهِ وَسِعَه أن يَفْعَلَ**).

أمّا شربُ الخَمْر وأكلُ الخنزير والميتة؛ فلما تلونا من النصّ.

ووجهه: أنّ حالةَ الضَّرورة صارت مُستثناةً من الحرمة، فكانت الميتةُ والخمرُ حالةَ الضّرورة كالخبزِ والماءِ في غيرِ حالةِ الضَّرورة، فلو لم يفعل حتى قُتِل، وهو يعلمُ بالإباحة أثم كما في حالة المَخمصة؛ ولأنّ الحرمة لما زالت

بقوله تعالىٰ : {فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ}، صار كالممتنع عن الطَّعام والشَّراب حتىٰ مات فيأثم.

وأمّا إتلافُ مال الغير، فكذلك يُباح حالةَ المَخْمَصة فزال الإثم، والضَّمانُ علىٰ مَن أكرهه؛ لما مَرّ.

وكذلك لو تَوَّعدوه بضربٍ يَخافُ منه علىٰ نفسِهِ أو بقطع عضوٍ منه ولو أنملةً؛ لأنّ حرمةَ الأعضاءِ كحرمةِ النَّفْس، ألا تَرىٰ أنّه كما لا يُباح له القَتْل حالةَ المَخْمَصة لا يُباح له قَطْعُ العَضْو.

ولو خوَّفوه بالجُوع لا يفعل حتىٰ يجوع جوعاً يخاف من التَّلفَ، فيصير المضطر.

وأمّا الكُفر، فإنّه يسعُه أن يأتي به وقلبُه مطمئنٌ بالإيمان؛ لما رُوِي أنّ عمارَ بنَ ياسر رضي الله عنه: «أكرهه المشركون علىٰ الكفر، فأعطاهم بلسانه ما أرادوا، ثمّ جاء إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يَبْكي، فقال له: ما وراءك؟ فقال: شرٌّ نلت منك، فقال: كيف وَجَدَت قَلْبَك؟ قال: مطمئناً بالإيمان، فجَعَلَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَمْسَحُ عينيه ويقول: ما لك، إن عادوا فعد»[1]، ونَزَلَ قوله تعالىٰ: {إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ}[النحل: ١٠٦].

---

(١) فعن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر رضي الله عنه عن أبيه، قال: (أخذ المشركون عمار بن ياسر رضي الله عنه فلم يتركوه حتىٰ سبَّ النبي صلى الله عليه وسلم، وذكر آلهتهم بخير، ثمّ تركوه، فلَمَّا أتىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال ما وراءك؟ قال: شر يا رسول الله، ما تركت حتىٰ نلت منك وذكرت آلهتهم بخير، قال: كيف تجد قلبك؟ قال: مطمئن بالإيمان، قال: إن عادوا فعد) في المستدرك٢: ٢٨٩، وصحَّحه الحاكم، وسنن البيهقي الكبير٨: ٢٠٨.

وفيه دليل الكتاب والسُّنة، وهو قوله ﷺ: «إن عادوا فعد»، والأثر فعل عمار رضي الله عنه.

(وإن صَبَرَ حتى قُتِل كان مأجوراً)، وهو العزيمةُ، فإن خُبيب بن عَدي الأنصاري رضي الله عنه صَبَرَ حتى قُتل، وسمّاه رسول الله ﷺ «سيد الشَّهداء»[1]، وقال: «هو رفيقي في الجنَّة»، ولأنّه بذلَ مُهْجتَه وجادَ بروحِه تعظيماً لله تعالى وإعلاءً لكلمتِه؛ لئلا يأتي بكلمةِ الكفر، فكان شهيداً كمَن بارزَ بين الصَّفين مع علمِه أنّه يُقتل، فإنّه يكون شَهيداً.

ومن هذا القَبيل سَبُّ النَّبيّ ﷺ، وترك الصَّلوات الخَمْس، وكلُّ ما ثَبَتَت فرضيَّتُه بالكتاب.

ولو أُكره الذِّميُّ على الإسلامِ صحَّ إسلامُه، كما لو قُوتل الحربيُّ على الإسلام فأَسْلَم، فإنّه يَصِحُّ بالإجماع، قال الله تعالى: {وَلَهُ أَسْلَمَ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا}[آل عمران: ٨٣]، سَمَّي المُكْرَه على

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه في قصة قتل خُبيب رضي الله عنه: «فقتله ابن الحارث، فكان خبيب هو سَنَّ الركعتين لكل امرئ مسلم قُتِل صبراً، فاستجاب الله لعاصم بن ثابت يوم أصيب، فأخبر النبي ﷺ أصحابه خبرهم، وما أُصيبوا، وبعث ناس من كفار قريش إلى عاصم حين حدثوا أنه قُتِل، ليؤتوا بشيء منه يَعْرف، وكان قد قَتَلَ رجلاً من عظمائهم يوم بدر، فبعث على عاصم مثل الظُّلة من الدَّبْر، فحمتُه من رسولهم، فلم يقدروا على أن يقطع من لحمه شيئاً» في صحيح البخاري٤: ٦٧، وأمّا قوله: وسماه سيد الشهداء، وكذا قوله: هو رفيقي بالجنة، فقال المخرجون: لم نره، كما في الإخبار٢: ٢٢٩.

الإسلام مُسلماً، فإن رَجَعَ الذِّميّ لا يُقتل لكنه يُحْبَسُ حتىٰ يُسْلِّم؛ لأنّه وَقَعَ الشَّكّ في اعتقادِه، فاحتمَل أنّه صحيحٌ، فيُقْتَلُ بالرِّدّة، ويحتملُ أنّه غيرُ معتقدٍ، فيكون ذميّاً فلا يُقتلُ، إلا أنّا رجَّحنا جانبَ الوجودِ حالة الإسلام تصحيحاً لإسلامه؛ لترجيح الإسلام علىٰ الكُفْر.

قال: (**ولو أُكره بالقَتل على القَتل لم يفعل ويصبر حتى يقتل**)، وكذا قطع العضو، وسبّ المسلم وأذاه، وضَرَبَ الوالدين ضَرْباً مبرحاً؛ لأنّ الظّلم حرامٌ شرعاً وعقلاً، لا يُستباح بحالٍ، ولا بوجهٍ ما، وكذا قَتْلُ المسلم البريء لا يُباح بوجهٍ ما.

(**فإن قَتَل أثم**)؛ لقيام الحرمةِ.

(**والقِصاص على المكرِه**)؛ لأنّه آلةٌ له فيما يَصلُحُ أن يكون آلة، وهو القَتلُ، ولا يصلحُ أن يكون آلةً في الإثم؛ لأنّه بالجنايةِ علىٰ الدَّين، وأنّه حرامٌ، فلا يُباح إلا من جهةِ صاحبِ الحقّ.

وقال أبو يوسف ﵁: لا قصاص علىٰ واحدٍ منهما؛ لأن القِصاص يندرئ بالشُّبهات، وقد تحقَّقت الشُّبهةُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما، أمّا المُكرَه فهو محمولٌ عليه، وأمّا المكرِه فلعدم المباشرة.

وقال زُفر ﵁: يجب علىٰ المكرَه؛ لأنّ المباشرةَ موجبةٌ للقتل؛ ولهذا تعلّق به الإثم.

ولهما: ما تَقَدَّم أنّه آلةٌ فيما يَصْلُحُ، والقتلُ يَصْلُحُ بأن يلقيَه عليه، وصار كمَن أَكره مجوسيّاً على ذبح شاةِ مسلمٍ، فالفِعل يَنْتَقِلُ إلى المكرِه في الإتلاف حتى يجبَ عليه الضَّمان، ولا يَنْتَقِلُ الحكمُ حتى لا يحلّ أكلُها.

قال: (**وإن أُكره على الرِّدَّة لم تبن امرأتُه منه**)؛ لأنّ البينونةَ تبتني على الرِّدَّة والرِّدَّة غيرُ مُتَحقِّقةٌ؛ لاحتمال عدم اعتقادِ الكفر، بل هو الظَّاهرُ عند الإكراه.

ولو اختلفا فالقول قولُه في عدمِ الاعتقاد؛ لأنّه لا يُعرف إلا من جهتِهِ.

قال: (**ومَن أُكره على الزِّنا لا حَدّ عليه**)؛ لوجودِ الشُّبهةِ ويأثم بالفعل، ولو صَبَرَ كان مأَجوراً كالقَتْل؛ لأنّ الزِّنا لا يُباح بوجهٍ ما.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أوَّلاً، وهو قول زُفر رضي الله عنه: يُحدّ؛ لأنّ انتشارَ الآلة دليلُ الطَّواعيّة.

قلنا: وقد يكون طَبْعاً والشُّبهة موجودةٌ.

ولو أُكرهت المرأةُ وَسِعَها ذلك ولا تأثم(١)، نصَّ عليه محمّد رضي الله عنه؛ لأنّ الفاعل الرَّجل دونها؛ لأنّ الإيلاجَ فعلُه فلم يتحقّق الزِّنا منها، لكن تمكينها وسيلةٌ إلى فعلِه، فيُباح عند الضَّرورة.

---

(١) في المبسوط ٢٤: ١٣٨: «ولو أكرهت المرأة على الزِّنا بحبس، أو قيد درئ عنها الحدّ؛ لأنها لو أكرهت على ذلك بالقتل يسعها التمكين، ولا تأثم فيه، فإذا أُكرهت عليه بالحَبْس يصير شبهةً في إسقاطِ الحدّ عنها بمنزلة شُرْب الخَمر، وإنما فرقنا بين جانب

ولو أَمَره ولم يُكرهه في هذه المسائل كلِّها، إلا أنّه يَخاف القَتْل إن لم يفعلْ، فهو في حكم المُكرَه؛ لأنّ الإلجاءَ باعتبار الخَوف، وقد تحقَّق.

الرَّجل والمرأة في الإكراه بالقتل؛ لأنّ الرَّجلَ مباشرٌ لفعل الزِّنا مستعمل للآلة في ذلك، وحرمة الزِّنا حرمةٌ تامّة، فلا تنكشف عند الضَّرورة لحرمة القتل، فأما المرأة فهي مفعول بها، وليس من جهتها مباشرة للفعل إنّما الذي منها التمكين، وذلك بترك الامتناع إلا أن في غير حالة الضّرورة لا يسعها ذلك لوجوب دفع المباشرة للزنا عن نفسها، وذلك المعنى ينعدم عند تحقق الضرورة بالإكراه بالقتل، فلا يأثم في ترك الامتناع: كمَن ترك الأمر بالمعروف، والنَّهي عن المنكر عند خوف الهلاك عن نفسِهِ لا يكون آثماً في ذلك».

فهرس الموضوعات: